

Verwaltung und Privatrechtsform

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

dem

Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Nassauer

Richter aus Marburg

Marburg

1980

Druck: Buch- und Offsetdruckerei H. Kombächer, Marburg/Lahn

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 8. Febr. 1980

Berichterstatter: Professor Dr. Maurer

Mitberichterstatter: Professor Dr. v. Arnim

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Febr. 1980

Verwaltung und Privatrechtsform

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

dem

Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Nassauer

Richter aus Marburg

Marburg

1980

Druck: Buch- und Offsetdruckerei H. Kombächer, Marburg/Lahn



Digitized by the Internet Archive
in 2026



Gliederung

	Seite
1. Teil	
§ 1 Das Problem	1
I. Privatrechtliches Handeln zur unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben	3
1. Handeln einer privatrechtlichen Organisation	3
2. Handeln eines öffentlichrechtlich organisierten Trägers öffentlicher Verwaltung	4
II. Beschaffung und Erhaltung von Verwaltungsvermögen und Auftragswesen der öffentlichen Hand als mittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben	5
III. Erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand	6
1. Handeln einer privatrechtlichen Organisation	6
2. Handeln eines öffentlichrechtlich organisierten Trägers öffentlicher Verwaltung	7
§ 2 Die herrschende Meinung von der Wahlfreiheit/Verwaltungsprivatrecht und echte Fiskalverwaltung	7
§ 3 Die Wahlfreiheit aus der Sicht von Verwaltungslehre und Rechtsprechung in der Zeit bis zum 2. Weltkrieg	13
§ 4 Verwaltung und Privatautonomie	19
I. Die Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Privatrecht	20
II. Privatrechtsfähigkeit des Staates	23
§ 5 Gegenseitige Abhängigkeit von Organisationsform und Handlungsform	25
2. Teil Beschränkungen der Wahl privatrechtlicher Handlungsformen	35
§ 6 Beschränkungen der Wahlfreiheit, ausgehend von der herrschenden Meinung	35
I. Begrenzung durch die "Natur der Sache"	35
II. Begrenzung durch "Treu und Glauben"	38

III.	Die Regeln über Monopolmißbrauch und unlauteren Wettbewerb	42
IV.	System verfassungsrechtlicher Grenznormen	43
§ 7	Verpflichtung zur Beschränkung der Wahlfreiheit	44
I.	Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Beschränkung der Wahlfreiheit	44
II.	Verwaltungsrechtsweg/Zivilrechtsweg	49
III.	Haftungsfolgen des privatrechtlichen/öffentlichrechtlichen Verwaltungshandelns	52
1.	Im Bereich vertraglicher Haftung	52
2.	Im Bereich delektischer Haftung - Wahlfreiheit und geltendes Staatshaftungsrecht	53
3.	Wahlfreiheit und künftiges Staatshaftungsrecht	56
IV.	Wahlfreiheit und Verwaltungsverfahrensgesetze	59
§ 8	Bisherige Versuche einer umfassenden Beschränkung der Wahlfreiheit	60
I.	Die auf den materiellen Unterschieden zwischen öffentlichem und privatem Recht aufbauenden Lösungsversuche	60
1.	Staatsaufgaben und Subsidiaritätsprinzip	60
2.	Die sog. einheitlich öffentlichrechtliche Betrachtungsweise	64
a)	Öffentlichrechtliche Handlungsformen im Bereich der Daseinsvorsorge	65
b)	Das Staatshandeln als Handeln unter ausschließlicher Verwendung öffentlichrechtlicher Rechtsformen	69
c)	Das sogenannte "Gemeinrecht" (Bullinger)	70
d)	Der öffentlichrechtliche Verwaltungsvertrag	71
3.	Die hier sogenannte "Lehre von der Kompetenzabgrenzung"	74
a)	Die Kompetenzen des Staates als Ausgangspunkt	74
b)	Die Kompetenzen des Privaten als Ausgangspunkt	78
4.	Die Unterscheidung in staatskörperschaftliches und individualrechtliches Verhalten des Staates (<u>Schmidt-Rimpler</u>)	79
5.	Die Unterscheidung nach dem Handlungszweck	82
II.	Der auf formelle Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Recht abstellende Lösungsversuch <u>Pestalozzas</u> (die hier sog. "Sonderrechtsthese")	83

3. Teil	Eigener Lösungsansatz	89
§ 9	Die ex ante angewandte modifizierte Subjektstheorie	89
§ 10	Staat, Gemeinde und Gemeindeverband als in der Wahl gebundene Rechtssubjekte	99
I.	Bundesgesetzgeber	100
II.	Landesgesetzgeber	101
III.	Gemeindevertretung	103
§ 11	Die modifizierte Subjektstheorie als Mittel zur Beschränkung der Wahlfreiheit oder als Beleg der Wahlfreiheit, dargestellt anhand einzelner Problemkreise	106
I.	Träger öffentlicher Gewalt als nicht notwendig handelnde Rechtssubjekte	106
1.	Zwingend privatrechtliches Handeln	106
a)	Erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand	106
b)	Beschaffung und Erhaltung von Verwaltungsvermögen	107
c)	Die Verkehrssicherungspflicht bei öffentlichen Verkehrswegen	109
2.	Der Realakt als Beispiel fakultativ privatrechtlichen Handelns	116
II.	Träger öffentlicher Gewalt als notwendigerweise handelnde Rechtssubjekte	119
	Allgemeine Vorüberlegungen - Das Verwaltungshandeln zur unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben als zwingend öffentlichrechtliches Handeln	119
1.	Anschluß- und Benutzungszwang	123
2.	Der kommunalrechtliche Anspruch auf Zulassung zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen	129
3.	Subventionen	136
a)	Überblick über die denkbaren Rechtsformen der Gewährung von Subventionen	136
aa)	Ausschließliche Verwendung von Verwaltungsakten	136
bb)	Durch Verwaltungsakt begründetes öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis mit angekoppeltem oder parallel laufendem privatrechtlichen Rechtsverhältnis	137
cc)	Verwaltungsakt und öffentlichrechtlicher Vertrag als Gestaltungsformen in der Lehre von der einheitlich öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise im Subventionsrecht	138

dd)	Ausschließliche Verwendung privatrechtlicher Gestaltungsformen	139
b)	Der hier vertretene Lösungsansatz als Beschrän- kung der Wahlfreiheit im Recht der Subventionen	139
aa)	Ein Träger öffentlicher Gewalt subventioniert unmittelbar	141
bb)	Ein Träger öffentlicher Gewalt subventioniert mittelbar	144
4. Teil	Resumée und Ausblick. Die "Wahlfreiheit" de lege ferenda.	147

Schrifttum

- Arndt, Herbert Die Straßenverkehrssicherungspflicht, 2. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München, 1973
- Bachof, Otto Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Bd. 12 (1954), S. 37 ff.
- ders. Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR Bd. 83 (1958), S. 208 ff.
- ders. Anmerkung zu dem Urteil des BVerwG v. 25.8.1971, DöV 1971, 857, in DöV 1971, 859
- Badura, Peter Rechtsetzung durch Gemeinden, DöV 1963, 561 ff.
- ders. Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht - OVG Lüneburg, DVBl. 1964, 365, in JuS 1966, 17 ff.
- ders. Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, DöV 1966, 624 ff.
- ders. Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DöV 1968, 446 ff.
- ders. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Frankfurt am Main, 1971
- ders. Wirtschaftsverwaltungsrecht, in von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Berlin - New York, 1976, S. 257 ff.
- Ballerstedt, Kurt Zur Frage der Rechtsform gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen, DöV 1951, 448
- Bartlsperger, Richard Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, Hamburg, 1970
- ders. Rechtsansprüche und Haftung bei der öffentlichen Straßenverkehrssicherungspflicht, DVBl. 1973, 465 ff.
- Behr, Chr. Vom Rechte des Fiskus, AöR Bd. 38 (1918), S. 288 ff.
- Beinhardt, Gerd Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, Teil II, VerwArch Bd. 55 (1964), S. 210 ff.
- Beitzke, Günther Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand, MDR 1953, 1 ff.

- Bender, Bernd Der Rechtsweg bei Klagen gegen Auftragssperren der öffentlichen Hand, JuS 1962, 178 ff.
- ders. Staatshaftungsrecht, 2. Auflage, Karlsruhe, 1974
- ders. Zur Reform des Staatshaftungsrechts, VersR 1974, 1 ff.
- ders. Haftung der öffentlichen Hand und Grundrechtsbindung des Privatrechts, NJW 1975, 1813 ff.
- Bethge, Herbert Abschied von der Zweistufentheorie, JR 1972, 139 ff.
- ders. Rechtswegprobleme des öffentlich-rechtlich strukturierten Rundfunks, VerwArch Bd. 63 (1972), S. 152 ff.
- Bettermann, Karl August Anmerkung zu BVerwG v. 7.11.1957 - II C 109/55 - DVBl. 1958, 864 ff. = BVerwG E 5, 325 ff., in DVBl. 1958, 867 f.
- ders. Anmerkung zu BGH v. 21.12.1964 - III ZR 70/63 - BGH Z 43, 34, in JZ 1966, 445
- ders. Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, 1321 ff.
- Blei, Hermann Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Auflage, München, 1977
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main, 1969, S. 53 ff.
- Böhm, Anton Das Hessische Straßengesetz, 2. Auflage, Wiesbaden, 1971
- Börner, Bodo Irrwisch Daseinsvorsorge, BayVB1. 1971, 406 ff.
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz, verschiedene Bearbeiter, Stand: 38. Lieferung (April 1978), Hamburg
- Bosse, Wolfgang Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, Berlin, 1974
- Brohm, Winfried Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1969
- Bull, Hans Peter Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Kronberg/Ts., 1977
- ders. Wandel und Wachsen der Verwaltungsaufgaben, in Becker/Thieme, Handbuch der Verwaltung, Heft 2.1,

Köln, 1974, Rdnr. 2101 ff.

- Bulla, Eckart Kommunale Wohnungsvermittlung - unzulässige wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden? in DVBl. 1975, 643 ff.
- Bullinger, Martin Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen - Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes - in Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin-Heidelberg-New York, 1967, S. 667 ff.
- ders. Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart, 1968
- Burckhardt, Walther Methode und System des Rechts, Zürich, 1936, Nachdruck (Zürich, 1971)
- ders. Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Auflage, Zürich, 1944
- Burmeister, Joachim Plädoyer für ein rechtsstaatliches Instrumentarium staatlicher Leistungsverwaltung und Wirtschaftsförderung, WiR 1972, 311 ff.
- ders. Der Begriff des "Fiskus" in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik, DöV 1975, 695 ff.
- Bydlinski, Franz Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien-New York, 1967.
- Conrad, Heinz Gemeindliche Autonomie und Gesetzesvorbehalt, BayVBl. 1970, 384 ff.
- Cramer, Peter Straßenrecht, StVO - StGB, Frankfurt am Main, 1971
- Dagtolglou, Prodromos Zur Reform des Staatshaftungsrechts, VerwArch Bd. 65 (1974), S. 345 ff.
- Edler von Hoffmann, Hermann Zwang zur Gewaltenteilung im Gemeindeverfassungsrecht, DöV 1954, 326 f.
- Emmerich, Volker Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H. - Berlin-Zürich, 1969
- ders. Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, Tübingen, 1969
- ders. Rechtsprechungsübersicht, JuS 1970, 90 f.
- ders. Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand - BGH Z 52, 325 und BGH Betr. 1969, 1791, JuS 1970, 332 ff.

- ders. Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, insbesondere das Problem der staatlichen Versorgungsmonopole, Frankfurt am Main, 1971
- Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 1973, Drucksache des Deutschen Bundesrates Nr. 227/74
- Eppe, Franz Subventionen und staatliche Geschenke. Begriffliche Abgrenzung und verwaltungsrechtliche Bedeutung, Stuttgart, 1966
- Erichsen, Hans-Uwe Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, I. Zu Art. 34 GG: "Ausübung eines öffentlichen Amtes" durch Realakte und Zulässigkeit des Ausschlusses der Staatshaftung bei Schädigung von Ausländern, VerwArch Bd. 62 (1971), S. 181 ff.
- ders. Rechtsfragen öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigung, VerwArch Bd. 63 (1972), S. 217 f.
- ders. Anmerkung zu BGH v. 14.6.1971 - III ZR 120/68 - JR 1972, 128 ff., in JR 1972, 130
- ders. Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 65 (1974), S. 311 ff.
- Erichsen/Hoffmann
Becking Der praktische Fall, Öffentliches Recht: Das Handelskammerrundschreiben, JuS 1971, 144 ff.
- Erichsen/Martens Allgemeines Verwaltungsrecht, verschiedene Bearbeiter, 3. Auflage, Berlin-New York, 1978
- Erichsen/Martens Das Verwaltungshandeln, in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin-New York, 1978, S. 119 ff.
- Esser, Josef Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe, 1970
- Esser-Schmidt Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, Teilband 1 und 2, 5. Auflage, Karlsruhe, 1975
- Eyermann/Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Auflage, München, 1977
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 6. Auflage, Berlin-New York, 1976
- Fischerhof, Hans Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DöV 1957, 305 ff.
- ders. "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DöV 1960, 41 ff.

- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen, 1928, S. 45 ff.
- Flessa, Richard Das Wesen der Staatsbürgerschaft, NJW 1954, 538 ff.
- ders. Schuldverhältnisse des Staates auf Grund Verwaltungsaktes, DVBl. 1957, 81 ff., 118 ff.
- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960. Herausgegeben v. Ernst von Caemmerer u.a., Bd. I, Karlsruhe, 1960, S. 135 ff.
- Forsthoff, Ernst Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, teilweise Neuabdruck in Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart, 1959
- ders. Die Daseinsvorsorge und die Kommunen - Ein Vortrag -, Köln, 1958
- ders. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Bd. 12 (1954), S. 8 ff.
- Forsthoff, Ernst Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart, 1963
- ders. Verfassungsfragen des Sozialstaats, in Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Aufsätze und Essays, Darmstadt, 1968, S. 145 ff.
- ders. Der Staat der Industriegesellschaft, München, 1971
- ders. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München, 1973
- Frotscher, Werner Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang, Siegburg, 1974
- Gallwas, Hans-Ullrich Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 210 ff.
- Ganschezian-Finck, Öffentlicher Verkehr auf Privatwegen, NJW 1963, 1808 ff.
Gurgen
- ders. Anmerkung zu BGH v. 8.4.1970 - III ZR 167/68 - NJW 1970, 1126, in NJW 1970, 1843
- Giacometti, Zaccaria Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich, 1960
- Giese/Neuwiem/Cahn Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, 1930
- Gönnenwein, Otto Gemeinderecht, Tübingen, 1963
- Götz, Volkmarr Recht der Wirtschaftssubventionen, München-Berlin, 1966

- ders. Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1970, 1 ff.
- Gröttrup, Hendrik Die kommunale Leistungsverwaltung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1973
- Grunsky, Wolfgang Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Bielefeld, 1974
- Gygi, Fritz Verwaltungsrecht und Privatrecht, Bern, 1956
- Hass, Diether Das Verwaltungsrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, 303 ff.
- Hamann, Andreas Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied-Berlin-Darmstadt, 1958
- Hamann/Lenz Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Auflage, Neuwied-Berlin, 1970
- Hammer, Wilh Zwischengemeindliche Zusammenschlüsse in der Wasserversorgung und Anschluß- und Benutzungszwang, DöV 1966, 333
- Haueisen, Fritz Zur Reform des Staatshaftungsrechts, DöV 1974, 454
- Helmreich-Widtmann Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 3. Auflage, München, 1966
- Herrnritt, Rudolf
Hermann Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen, 1921
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, Karlsruhe, 1977
- Heyen, Erich Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Verkehrssicherungspflicht, NJW 1955, 326 ff.
- Hinkel, Karl Reinhard Die kommunale Gebietsreform in Hessen, DVBl. 1974, 496 ff.
- v. Hippel, Fritz Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen, 1936
- Hoffmann, Michael Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte, Berlin, 1969
- Hoffmann-Becking,
Michael Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot, in Festschrift für Hans Julius Wolff zum 75. Geburtstag, München, 1973, S. 445 ff.

- Holtzmann, Ernst Anschlußzwang und Benutzungszwang bei Fernheizungen? in DöV 1964, 85
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Erster Band, Tübingen, 1953
- Hurst, Karl Gemeindeeinrichtungen, in Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, herausgegeben von Hans Peters, Band II, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1957, S. 833 ff.
- ders. Straßenreinigungs- und Verkehrssicherungspflicht unter Berücksichtigung der neuen Straßengesetze, DVBl. 1963, 425 ff.
- Imboden, Max Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel, 1958
- Ipsen, Hans Peter Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin-Köln, 1956
- ders. Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 257 ff.
- Isensee, Josef Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin, 1968
- Jahn, Friedrich-Adolf Die Tendenz der Rechtsprechung zur Ausweitung der Amtshaftung, DöV 1965, 265 ff.
- ders. Die Haftungsgrundlage bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen, JuS 1965, 165 ff.
- Jakob, Wolfgang Eingriff kommunaler Satzungen in "Freiheit und Eigentum", DöV 1970, 666
- Janicki, Hubertus Die Verkehrssicherungspflicht als Amtspflicht, NJW 1967, 2038 ff.
- Jansen, Leopold-Josef Die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 21.10.1952 und der Grundsatz der Gewaltenteilung, DöV 1954, 328 ff.
- Jellinek, Hansjörg Grenzen der Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München, 1955, S. 565 ff.
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin, 1931
- Kah, Hermann Nochmals: Anschlußzwang und Benutzungszwang bei Fernheizungen? in DöV 1964, 304
- Karehnke, Helmut Subventionen und ihre Kontrolle - Möglichkeiten und Grenzen, DöV 1975, 623 ff.

- Kegel, Gerhard Rohstoff- und Rüstungskredite, Rechtsfragen ihrer Abwicklung, JZ 1951, 385 ff.
- Ketterer/Giehl/
Leonhardt Die Streupflicht in Gesetzgebung und Rechtsprechung, 3. Auflage, München, 1970
- Klebe, Walter Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwaltung zwischen den Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten Rechts, Marburger Dissertation, 1960
- Klein, Friedrich Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL Bd. 8 (1950), S. 67 ff.
- Klein, Hans H. Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DöV 1965, 755 ff.
- ders. Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968
- Knies, Wolfgang Die Überlassung gemeindlicher Räume an politische Parteien, BayVB1. 1968, 230 ff.
- Köttgen, Arnold Gemeindliche Daseinsvorsorge und Gewerbliche Unternehmerinitiative, Göttingen, 1961
- ders. Innerstaatliche Gliederung und moderne Gesellschaftsordnung, in Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen, 1961, S. 79 ff.
- Kodal, Kurt Straßenrecht, 2. Auflage, München-Berlin, 1964
- Kollhosser, Helmut Grundlagen des Verfahrensrechts, JZ 1973, 8 ff.
- Kopp, Ferdinand Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, München, 1971
- ders. Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, München, 1977
- Kratzer, Jakob Besprechung des Kommentares von Masson, Bayerische Kommunalgesetze, 2. Auflage, 1961, A. Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, in DVBl. 1961, 603
- ders. Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, BayVB1. 1962, 133
- Krause, Peter Zur Verfahrensgestaltung nach fehlerhafter Rechtswegentscheidung, DöV 1970, 695 ff.
- ders. Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin, 1974

- Kreft, Friedrich Aufopferung und Enteignung. Begriffe und Grundsätzliches in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Karlsruhe, 1968
- ders. Grenzfragen des Enteignungsrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts, in Festgabe für Bruno Heusinger, München, 1968, S. 167 ff.
- Krüger, Herbert Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, 380 ff., 450 ff.
- ders. Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1966
- Kruschke, Hans-Dieter Wirtschaftliche Betätigung und fürsorgerechtliche Verpflichtung der öffentlichen Hand, DöV 1971, 694 ff.
- Landwehrmann,
Friedrich Anmerkung zu BGH Z 54, 332 = NJW 1971, 32, in NJW 1971, 840
- Lange, Klaus Verkehr und öffentliches Recht, Öffentlich-rechtliche Strukturen und Probleme des Binnenverkehrsystems der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen, 1974
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, München, 1977
- Leibholz/Rinck Grundgesetz. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 4. Auflage, Köln-Marienburg, 1971
- Leisner, Walter Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat, Berlin, 1966
- ders. Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bonn-Bad Godesberg, 1970
- Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht, 17. Auflage, München, 1974
- Lorenz, Dieter Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München, 1973
- Mallmann, Walter Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Bd. 19 (1961), S. 165 ff.
- v. Mangoldt/Klein Das Bonner Grundgesetz, I. Band, 2. Auflage, Berlin-Frankfurt am Main, 1957, II. Band, 2. Auflage, Berlin-Frankfurt am Main, 1964
- Manigk, Alfred Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, Berlin, 1935

- Martens, Wolfgang Öffentlichrechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen, in Hamburger Festschrift für Friedrich Schack zu seinem 80. Geburtstag am 1. Okt. 1966, Hamburg, 1966, S. 85 ff.
- ders. Anmerkung zu BGH v. 17.11.1967 - V ZR 143/66 - DVBl. 1968, 148, in DVBl. 1968, 150
- ders. Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H., 1969
- ders. Prinzipien der Leistungsverwaltung, in Festschrift für Hans Julius Wolff zum 75. Geburtstag, München, 1973, S. 429 ff.
- Matzerath, Horst Konjunkturrat und Finanzplanungsrat, Zum Wandel der kommunalen Position im modernen Bundesstaat, AfK 1972, 241 ff.
- Maunz, Theodor Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwArch Bd. 50 (1959), 315 ff.
- ders. Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVBl. 1962, 1 ff.
- ders. Die Grenzen der Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, DVBl. 1974, 1 ff.
- Maunz/Dürig/Herzog/
Scholz Grundgesetz, 4. Auflage, 16. Lieferung, Stand: Juni 1978, München
- Maurer, Hartmut Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, JuS 1976, 485 ff.
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Leipzig, 1895
- Meister, Hans Subventionen der öffentlichen Verwaltung außerhalb gesetzlicher Regelungen, DVBl. 1972, 593 ff.
- Menger, Christian
Friedrich Zu BVerwG v. 18.9.1958, DVBl. 1958, 863, in VerwArch Bd. 50 (1959), S. 197 ff.
- ders. Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, VerwArch Bd. 64 (1973), S. 203 ff.
- ders. Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in Festschrift für Hans Julius Wolff zum 75. Geburtstag, München, 1973, S. 149 ff.
- ders. Zur Frage des Rechtswegs bei Wettbewerbsstreitigkeiten zwischen Privaten und öffentlicher Hand, VerwArch Bd. 68 (1977), S. 293 ff.

- Menger/Erichsen zu OVG Münster v. 13.12.1967 - DVB1. 1968, 525 = DöV 1968, 326 = NJW 1968, 1298, in VerwArch Bd. 59 (1968), S. 377 ff.
- dies. zu BGH v. 2.6.1969 - III ZR 224/67 - DVB1. 1969, 623, in VerwArch Bd. 60 (1969), S. 376 ff.
- dies. zu BGH v. 23.9.1969 - VI ZR 19/68 = DVB1. 1970, 172 = NJW 1969, 2195 = MDR 1970, 36 = BGH Z 52, 325 ff., in VerwArch Bd. 61 (1970), S. 380 ff.
- Menzel, Eberhard Die Sozialstaatlichkeit als Verfassungsprinzip der Bundesrepublik, DöV 1972, 537 ff.
- Merz, Hans Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 20. April 1970, Karlsruhe, 1970
- Metzmacher, Rainer Der Rechtsschutz gegenüber gemeindlichem Verwaltungsprivatrecht, Diss. Münster, 1971
- Mezger-Blei Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, München, 1973
- Möller, Ferdinand Gemeindliche Subventionsverwaltung, Köln, 1963
- von Münch, Ingo (Herausgeber) Besonderes Verwaltungsrecht, verschiedene Bearbeiter, 4. Auflage, Berlin-New York, 1976
- ders. Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin-New York, 1978, S. 1 ff.
- Münzel, Karl Die Rechtsprechung zu § 839 BGB in Verbindung mit dem Staatshaftungsrecht, NJW 1966, 1341 ff.
- Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 2. Auflage, mit Anhang "Münchener Fassung", Köln, 1968
- v. Mutius, Albert Zulässigkeit und Grenzen verwaltungsrechtlicher Verträge über kommunale Folgekosten, VerwArch Bd. 65 (1974), S. 201 ff.
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart, 1949
- Nedden, Gerhard Amtshaftung bei Verletzung der Straßenverkehrssicherungspflicht, DVB1. 1974, 253 ff.
- Obermayer, Klaus Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 2. Auflage, Stuttgart-München-Hannover, 1975

- Ossenbühl, Fritz Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DöV 1971, 513 ff.
- ders. Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 137 ff.
- ders. Probleme der Amtshaftung bei Versagen von Ampelanlagen - BGH NJW 1971, 2220 und 1972, 1268, in JuS 1973, 421 ff.
- ders. Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, DVBl. 1973, 289 ff.
- ders. Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1974, 541 ff.
- ders. Die Quellen des Verwaltungsrechts, in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin-New York, 1978, S. 55 ff.
- Palandt (verschiedene Bearbeiter) Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Auflage, München, 1978
- Papier, Hans-Jürgen Zur Reform des Staatshaftungsrechts, DVBl. 1974, 573 ff.
- Pappermann, Ernst Prozessuale Fragen im Rechtsstreit politischer Parteien auf Überlassung gemeindlicher Räume, JZ 1969, 485 ff.
- Pestalozza, Christian Formenmißbrauch des Staates, München, 1973
- ders. Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, DöV 1974, 188 ff.
- ders. Privatverwaltungsrecht: Verwaltungsrecht unter Privaten, JZ 1975, 50 ff.
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, 1949
- ders. Öffentliche Aufgaben und staatliche Aufgaben, in Festschrift für Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II, München, 1965, S. 877 ff.
- Püttner, Günter Die öffentlichen Unternehmen. Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich, 1969
- ders. Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, Rechtsgutachten, Hannover-Bremen-Frankfurt am Main, 1972

- Püttner, Günter Anmerkung zu BGH v. 26.4.1974, DVBl. 1975, 655 ff.
= DöV 1974, 785 ff., in DöV 1974, 787
- ders. Die Einwirkungspflicht - Zur Problematik öffentlicher Einrichtungen in Privatrechtsform -, DVBl. 1975, 353 ff.
- ders. Allgemeines Verwaltungsrecht, Ein Studienbuch, 3. Auflage, Düsseldorf, 1975
- Raiser, Ludwig Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 ff.
- ders. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Karlsruhe, 1960
- Rathjen, Peter Zum unlauteren Wettbewerb der öffentlichen Hand, DVBl. 1975, 649
- Rauball/Rauball Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Auflage, München, 1974
- Redeker/von Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 5. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1975
- Reform des Staatshaftungsrechts - Referentenentwürfe - herausgegeben von den Bundesministern der Justiz und des Innern, Bonn, Sept. 1976
- Reformentwurf und Kommissionsbericht "Reform des Staatshaftungsrechts", herausgegeben als Sonderdruck durch die Minister der Justiz und des Innern, Bonn, Okt. 1973
- Reinicke, Dietrich Anmerkung zu BGH v. 27.10.1967 - V ZR 153/64 - BGH Z 48, 396 = NJW 1968, 39, in NJW 1968, 39
- Renck, Ludwig Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag - BVerwG, NJW 1969, 809, in JuS 1971, 77 ff.
- Reuss, Wilhelm Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln, in U. Scheuner, Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Frankfurt am Main, 1971, S. 465 ff.
- ders. Öffentliche Verwaltung durch Private, DVBl. 1976, 927 ff.
- Rimmelspacher, Bruno Öffentliches oder privates Interesse als Kriterium der Rechtswegzuständigkeit, JZ 1975, 165
- Römer, Hans Abwicklung reichsverbürgter Kredite, BB 1950, 97 ff.
- Rüfner, Wolfgang Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin, 1967

- Rüfner, Wolfgang Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin-New York, 1978, S. 395 ff.
- Rupp, Hans Heinrich Die Dogmatik des Verwaltungsrechts und die Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, DVBl. 1971, 669 ff.
- Rupp-von Brünneck,
Wiltraut Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, in Festschrift für Adolf Arndt, Frankfurt am Main, 1969, S. 349 ff.
- Salzwedel, Jürgen Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin, 1958
- ders. Kommunalrecht, in Loschelder/Salzwedel, Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln-Berlin, 1964
- Schack, Friedrich Zur "Schlichten Hoheitsverwaltung", DöV 1970, 40 ff.
- Schäfer, Alfred Reform des Staatshaftungsrechts, SKV 1974, 3 ff.
- Schetting, Gerd Rechtspraxis der Subventionierung, Berlin, 1973
- Scheuner, Ulrich Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung, AfK 1973, 1 ff.
- Schlempp/Schlempp Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung (HGO), Stand: Januar 1978, Wiesbaden
- Schlotke, Helmut Die hoheitliche Einflußnahme auf die Empfänger öffentlicher Subventionen und ihre rechtlichen Grenzen, Tübinger Diss., 1968
- Schmidt-Bleibtreu/
Klein Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Neuwied-Berlin, 1977
- Schmidt-Rimpler,
Walter Artikel "Wirtschaftsrecht", in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band 12, Tübingen-Göttingen, 1965, S. 686 ff.
- Schmidt-Salzer,
Joachim Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 1970, 8 ff.
- ders. Tätigwerden des Staates in zivilrechtlichen Handlungsformen im Bereich der Daseinsvorsorge und des Beschaffungswesens, WiR 1972, 103 ff.
- Scholz, Franz Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand, NJW 1953, 961 ff.
- Scholz, Rupert Wettbewerb der öffentlichen Hand - Sanktions- und Rechtswegprobleme zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, NJW 1974, 781 f.

- Schunck/De Clerck Allgemeines Staatsrecht und Staatsrecht des Bundes und der Länder, 6. Auflage, Siegburg, 1975
- Seele, Günter Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung - Gefährdung und Chancen in unserer Zeit, Bericht über das 11. Professorengespräch des Deutschen Landkreistages am 10./11. Mai 1973 in Tecklenburg, in Der Landkreis 1973, 234 ff.
- Siebert, Wolfgang Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen, 1953, S. 215 ff.
- ders. Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, DöV 1959, 733 ff.
- Siedentopf, Heinrich Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, Stuttgart, 1963
- Siepermann, Werner Die öffentliche Hand als Grundrechtsträger, DöV 1975, 263 ff.
- Steiner, Udo Der "beliehene Unternehmer" - VG Münster, NJW 1967, 171, in JuS 1969, 69 ff.
- ders. Öffentliche Verwaltung durch Private, Hamburg, 1975
- Stern, Klaus Anmerkung zu BGH v. 26.10.1961 - K ZR 1/61 - BGH Z 36, 93 = JZ 1962, 176, in JZ 1962, 181
- Stern/Püttner Anmerkung zu BVerfG v. 21.12.1966 - 1 BvR 33/64 - BVerfG E 21, 54 ff. = JZ 1967, 485 ff., in JZ 1967, 488
- Terpitz, Werner Die Zuordnung der öffentlich-rechtlichen Sparkassen zur nicht-hoheitlichen öffentlichen Verwaltung, DöV 1969, 740 ff.
- Thomas/Putzo Zivilprozeßordnung, 9. Auflage, München, 1977
- Tiemann, Burkhard Privatisierung öffentlicher Verwaltungstätigkeit, BayVBl. 1976, 261 ff.
- Torz, Robert Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DöV 1958, 205 ff.
- Tschira/Schmitt
Glaeser Verwaltungsprozeßrecht, 3. Auflage, Stuttgart-München-Hannover, 1977
- Ule, Carl Hermann Verwaltungsprozeßrecht, 6. Auflage, München, 1975
- Wagner, Heinz Amts- oder Fiskalhaftung? in JZ 1968, 245 ff.

- Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin, 1969
- Wenger, Karl Die öffentliche Unternehmung, Wien, 1969
- Werner, Paul Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht, in Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13, Berlin, 1962, S. 97 ff.
- Wertenbruch, Wilhelm Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, JuS 1961, 105 ff.
- Westermann, Harm
Peter Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin-Heidelberg-New York, 1970
- Wild, H.W. Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand, NJW 1955, 693 ff.
- Wittern, Andreas Grundriß des Verwaltungsrechts, 11. Auflage, Köln-Stuttgart-Berlin-Mainz, 1977
- Wolf, Ernst Zur Methode der Bestimmung von privatem und öffentlichem Recht, in Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, München, 1962, S. 1 ff.
- ders. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Köln-Bonn-Berlin-München, 1976
- Wolf, Manfred Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen, 1970
- Wolff, Hans Julius Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR Bd. 76 (1950/51), S. 205 ff.
- ders. Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen, AfK 1963, 149 ff.
- Wolff/Bachof Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München, 1974
- dies. Verwaltungsrecht II, 4. Auflage, München, 1976
- Wolff, Hans Julius Verwaltungsrecht III, 3. Auflage, München, 1973
- Wussow, Werner Die Verkehrssicherungspflicht der Länder und Gemeinden auf öffentlichen Straßen, BB 1967, 353 ff.
- Zacher, Hans F. Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 308 ff.
- Zeidler, Karl Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Bd. 19 (1961), S. 208 ff.

- Zeidler, Karl Anmerkung zu BGH Z 36, 91 = JZ 1962, 176 (mit
Anm. Stern JZ 62, 181) = DVB1. 1962, 298, in DVB1.
1962, 301
- Zuck, Rüdiger Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, München,
1968
- ZuLeeg, Manfred Die Rechtsform der Subventionen, Berlin, 1965

1. Teil

§ 1 Das Problem

Rechtsprechung und Schrifttum mußten sich oft mit der Frage beschäftigen, ob eine Verwaltungshandlung dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist¹. Zwar häufig, aber dann meist nur beiläufig ging man auf die Frage ein, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Verwaltung abweichend von den ihr üblicherweise zustehenden Handlungs- und Organisationsformen des öffentlichen Rechts die Mittel und Rechtsinstitute des Privatrechts wählen darf².

- 1) Vgl. Wolff/Bachof I § 22; Forsthoff, Verwaltungsrecht, Allg. Teil, S. 112 ff. - jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur; Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 31 ff.; Eyermann/Fröhler, RdNr. 3 ff. zu § 40 VwGO; Redeker/von Oertzen, Anm. 8 ff. zu § 40 VwGO; eingehend Chr.-F. Menger, Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in Festschr. f. Hans Julius Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 149 ff.
- 2) Vgl. aus der Fülle der Rechtsprechung BGH Z 9, 145 ff., 147; 9, 373 ff., 387/388 (grundlegend zur Verkehrssicherungspflicht der Träger öffentlicher Verwaltung); 20, 77 f.; 29, 76 ff., 80; 35, 69 ff., 75; 35, 111 ff., 112/113; 36, 91 ff., 95/96; 41, 264 ff., 267; 48, 98 ff., 103; 52, 325 ff., 328; 60, 54 ff., 56; 65, 384 ff., 387 f. (Beseitigung einer Schifffahrtsgefahr mit privatrechtlichen Mitteln); WM 1961, 1114 (Filmbürgschaft); dagegen die eher zur Bejahung öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse neigende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts BVerwG E 6, 244 f.; 7, 180 f.; 19, 308 ff., 312; 34, 213 ff., 215; 37, 243 ff.; 40, 85 f.; 41, 127 ff., 130; HessVGH, HessVGRspr. 1974, 65 f.; DVBl. 1975, 913 f.; NJW 1977, 452; OVG Lüneburg, NJW 1977, 450; Bad.-Württ. VGH, BwÜVB1. 1969, 10 und Beschl. v. 8.5.1978 - I 1383/75 - DöV 1978, 569 ff. - vgl. die weiteren Rechtsprechungsnachweise im Verlauf der Untersuchung; aus dem Schrifttum speziell Giacometti, Allg. Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, 1960, § 10, S. 112 ff.; Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, 1956, S. 12 ff.; Wolff/Bachof I § 23 I. a) m.w.N.; H.J. Wolff, AfK 1963, S. 149 ff., S. 169; Siebert, in Festschr. für Niedermeyer, 1953, S. 215 ff., S. 222; ders. DöV 1959, 733 ff.; Klebe, Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwaltung zwischen den Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten Rechts, Diss. Marburg, 1960; Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 102 ff., S. 312, S. 353 ff.; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 125 ff., S. 368 ff.; Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, 1973, S. 100 ff., S. 130 ff.; Reuss, in Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, 1971, S. 465 ff.; Pappermann, JZ 1969, 485 ff.; Rupp, DVBl. 1971, 669 ff.; Ossenbühl, DöV 1971,

Daß sich diese Frage der "Wahlfreiheit" oft nicht klar von der ex-post-Zuordnung einer Verwaltungshandlung abgrenzen läßt, sei zugestanden. Es gibt sogar Fälle, in denen es naturgemäß nur noch um eine nachträgliche Zuordnung gehen kann. Das gilt vor allem dann, wenn der Verwaltungsbeamte vor dem Tätigwerden nicht entscheiden muß, ob er sich öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Mittel bedienen wird. Zu denken ist etwa an den "Realakt"³, dessen Zugehörigkeit zum öffentlichen oder privaten Recht erst im Streitfalle - also notwendig ex post - relevant wird. Anders liegen die Dinge in der Regel dann, wenn die Verwaltung einen Vertrag schließen will. Hier sollte sich der Sachbearbeiter schon vor dem Tätigwerden darüber im Klaren sein, ob der angestrebte Vertrag zwingend einem der beiden Rechtskreise angehört, bzw. - falls die "Wahlfreiheit" bejaht werden kann - ob ein privatrechtlicher oder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zur Entstehung gebracht werden soll, denn die Voraussetzungen und Rechtswirkungen beider Vertragsarten können unterschiedlich sein⁴.

Wenn sich auch die Verwaltung in der Praxis in sehr beachtlichem Ausmaß der Handlungs- und Organisationsformen des Privatrechts bedient, so stellt sich doch die Frage, inwieweit diese Praxis juristisch legitimiert ist. Da es somit in der vorliegenden Untersuchung um die Frage geht, unter welchen Voraussetzungen das Privatrecht als Rechtsform für die Handlungen von Verwaltungsorganen gewählt werden darf, kommen aus dem gängigen System der Verwaltungshandlungen⁵ nur die nicht hoheitliche (privatrecht-

513 ff., 518; ders., VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 137 ff.; ders. DVBl. 1973, 289 ff., 292 f.; ders. DVBl. 1974, 541 ff.; Pestalozza, "Formenmißbrauch" des Staates, 1973, S. 166 ff.; ders., DöV 1974, 188 ff.; ders., JZ 1975, 50 ff.

3) Siehe dazu unten § 11 I. 2

4) Vgl. zu den Voraussetzungen § 54 VwVfG; bei den Rechtswirkungen entstehen vor allem Rechtswegfragen

5) Allgemein werden unterschieden:

Obrigkeitliches Handeln der Verwaltung, schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln, Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit privatrechtlichen Mitteln, erwerbswirtschaftliches bzw. fiskalisches Tätigwerden der Verwaltung - vgl. zu diesem viergliedrigen System Wolff/Bachof I § 23 II. a) und b); Forsthoff, § 11, S. 196 und S. 368 ff.; Siebert, a.a.O., S. 219 ff.; Wagner, JZ 1968, 245 ff.; Kruschke, DöV 1971, 694 f.; Terpitz, DöV 1969, 740 ff., 741/742; D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 86 ff.; nicht von diesem Ansatz ausgehend Peter Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns,

lich tätige) öffentliche Verwaltung bzw. die fiskalische oder erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand als "Wahlziele" in Betracht.

Beachtet man außerdem den Unterschied zwischen privatrechtlichen Organisationsformen und privatrechtlichen Handlungsformen, so ergeben sich im wesentlichen die im Folgenden näher aufzuzeigenden Fallkonstellationen.

1. Privatrechtliches Handeln zur unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben

1. Handeln einer privatrechtlichen Organisation

In beachtlichem Ausmaß bedient sich der Staat, vornehmlich die kommunale Verwaltung, der Organisationsformen des Privatrechts, um mit den derart aus der "echten Verwaltungsorganisation" ausgegliederten Rechtsgebilden ihre Aufgaben zu erfüllen. Insofern sind vor allem die zur sogenannten Daseinsvorsorge⁶ gehörenden Aufgaben wie zum Beispiel Strom- und Wasserversorgung, Abfallbeseitigung oder öffentlicher Nahverkehr zu nennen. Diese Aufgaben werden häufig durch privatrechtliche juristische Personen erfüllt. Dabei kann der Umfang der staatlichen Beteiligung sehr verschieden sein. Vom Besitz einiger weniger AG- oder GmbH-Anteile bis zur vollständigen (100 %) Beteiligung, die dann eher Inhaberschaft genannt zu werden verdient, reicht das denkbare Spektrum staatlich beeinflusster Unternehmen.

Als Beispiel sei die bekannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. September 1969 - BGH Z 52, 325 - genannt. In dem vom Bundesgerichts-

1974, S. 37 ff.; nach Schack, DöV 1970, 40 ff., 40, fällt unter den Begriff des schlichten Hoheitshandelns alles Verwaltungshandeln, das nicht obrigkeitlich ist, also auch das privatrechtliche Handeln zur unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben. Es ist jedoch irreführend, privatrechtliches Handeln als "hoheitlich" (wenn auch nur schlicht-hoheitlich) zu bezeichnen.

- 6) Begriff von Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, Neuabdruck in Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 22 ff., S. 26; ders. in Verfassungsfragen des Sozialstaats, in Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 145 ff.; ders., Die Daseinsvorsorge und die Kommunen - Ein Vortrag -, 1958; ders., Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 75 ff.; ders., Allg. VerwR, S. 368 ff., S. 370; vgl. im Übrigen Ossenhühl, DöV 1971, 513 ff. und das.Fn. 1 ff. sowie Gröttrup, S. 68 ff. mit weiteren Nachweisen

hof entschiedenen Fall gehörten alle Aktien einer städtischen Verkehrs-AG. Zu entscheiden war vor allem die Frage, ob der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz dadurch verletzt wurde, daß die den Schülern staatlicher Schulen gewährten niedrigeren Schülertarife nicht (auch) für die Schüler einer privaten Berufsschule galten⁷.

Dieser Fall zeigt exemplarisch, daß in der gerichtlichen Praxis die Frage der Wahlfreiheit kaum Bedeutung erlangt hat. Man gibt sich damit zufrieden, auf Tradition und herrschende Meinung zu verweisen oder geht mehr oder weniger stillschweigend davon aus, daß die Gemeinde ihre Angelegenheiten mit privatrechtlich organisierten Unternehmen wahrnehmen darf. Diesen Betrieben stehen dann nur die privatrechtlichen Handlungsformen zur Verfügung. Doch auch diese bisher als zwingend angesehene Folge der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform gilt heute nicht mehr unangefochten. Sie muß sicherlich neu überdacht werden, wenn man die Entwicklung berücksichtigt, die der öffentlich-rechtliche Vertrag in Wissenschaft und Praxis genommen hat.

2. Handeln eines öffentlichrechtlich organisierten Trägers öffentlicher Verwaltung

Hier geht es um die Frage, ob die Verwaltungen in den ihnen typischen öffentlichrechtlichen Organisationsformen, das heißt vor allem durch die Behörden und diese wiederum durch die dort tätigen Beamten und Angestellten privatrechtlich handeln dürfen, wobei in der hier darzustellenden Fallgruppe entscheidend ist, daß mit diesen Handlungen unmittelbar Verwaltungsaufgaben erfüllt werden.

Dieser Fall liegt etwa dann vor, wenn eine gemeindliche Anstalt ihre Leistungen, die zur unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben erbracht werden, den bestimmungsgemäßen Leistungsempfängern auf Grund privatrechtlicher Kaufverträge zukommen läßt.

Als Beispiel sei die privatrechtliche Gaslieferung durch einen städtischen Eigenbetrieb genannt. In der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 6.2.1959 - Az.: BVerwG VII C 65/57 -⁸ wird ausdrücklich

7) stark vereinfachte Wiedergabe des Gerichtstatbestands

8) abgedruckt in MDR 1959, 518

festgestellt, die (als Eigenbetrieb der Stadt Berlin geführten) Berliner Gaswerke seien befugt gewesen, ihre Leistungen auf öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Grundlage zu erbringen. Hier handelt es sich somit um die unmittelbare Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe mit privatrechtlichen Mitteln, nämlich die zur Daseinsvorsorge zu zählende Versorgung der Bevölkerung mit Gas.

II. Beschaffung und Erhaltung von Verwaltungsvermögen und Auftragswesen der öffentlichen Hand als mittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben

Hierunter fallen die typischen privatrechtlichen Hilfsgeschäfte der Verwaltung, der Ankauf von Schreibmaterial, Büromöbeln, die Reinigung von Fenstern, die Reparatur von Geräten usw.. Die von der Verwaltung zur unmittelbaren Erfüllung ihrer Aufgaben benötigten Arbeitsmittel werden durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte erworben und erhalten⁹. Man kann daher durchaus von mittelbarer Erfüllung von Verwaltungsaufgaben sprechen, wenngleich diese Bezeichnung insofern nicht ganz korrekt ist, als mit den privatrechtlichen Geschäften keine Verwaltungsaufgaben erfüllt werden und daher begrifflich auch keine mittelbare Erfüllung möglich erscheint. Die Verwaltungsaufgaben werden erst durch von neuen Entschlüssen getragene neue Handlungen erfüllt. Ohne auf diese rein begriffliche und für die dogmatische Einordnung unbedeutende Frage weiter einzugehen, soll an der Bezeichnung "mittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben" festgehalten werden, weil mit dieser Bezeichnung die hier darzustellende Fallgruppe sehr plastisch von der vorigen (unmittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben) abgegrenzt werden kann.

Abgesehen von den genannten Hilfsgeschäften wird man diejenigen Aufträge der Verwaltung an private Unternehmen zu dieser Fallgruppe zählen müssen, die bestimmte Interventionsziele verwirklichen helfen sollen. Man denke etwa an die Aufträge zugunsten der Bauwirtschaft, die - dies wird im

9) Vgl. Wolff/Bachof I § 23 II. a); Giacometti, Allgemeine Lehren ..., S. 113 f. spricht hier ungenau von einem "Instrument zur Durchsetzung des öffentlichen Rechts"; Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 20/21; Rüfner, S. 353, S. 398 ff.; Püttner, S. 329; auch Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 122 f.; Gröttrup, S. 70 ff.

politischen Bereich immer aktueller - sogar als Mittel zur Konjunkturbeeinflussung eingesetzt werden können¹⁰.

Als Beispiel für die mittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben sei das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Oktober 1961 - BGH Z 36, 91 -¹¹ genannt. Hier ging es speziell um die Frage, ob ein Hersteller orthopädischer Artikel verlangen kann, daß die Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK) mit ihm einen bürgerlichrechtlichen Vertrag über die Belieferung der Kassenmitglieder abschließt, wenn die AOK entsprechende Verträge in der Vergangenheit bereits mit anderen Herstellern orthopädischer Artikel abgeschlossen hat.

III. Erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand

1. Handeln einer privatrechtlichen Organisation

Häufig betreibt der Staat mit Hilfe von privatrechtlichen Organisationen Erwerbswirtschaft. Denkbar sind hier zum einen die allein in öffentlicher Hand befindlichen, privatrechtlich organisierten Unternehmen. Aber auch die sog. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen fallen unter diese Rubrik¹².

10) Vgl. Badura, in von Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 318; Rüfner spricht in diesem Zusammenhang von "verdeckten Subventionen" (Rüfner, Formen ..., S. 204); während Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 55 die Bezeichnung "Realforderung" verwendet; vgl. auch Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 13 f. und 16 f. mit weiteren Nachweisen.

11) = JZ 1962, 176 mit Anm. Stern (S. 181) = DVBl. 1962, 298 mit Anm. Zeidler - unterscheidet man mit Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, 1974, S. 8 ff. zwischen "Primärzweck" und "Endzweck", so liegt hier im Endzweck die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe vor, nämlich die Versorgung mit notwendigen orthopädischen Artikeln, ohne daß dem Primärzweck, dem bürgerlichrechtlichen Geschäft, notwendig Subventionscharakter zukommen muß

12) beispielsweise das Volkswagenwerk, das sich zum Teil in privater, zum Teil in öffentlicher Hand befindet - allgemein zu den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 529 ff.; Rüfner, Formen ..., S. 40 f., S. 89; dort S. 91 zur historischen Bedeutung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und S. 185 ff. zur heutigen Rechts- und Sachlage; H. Klein, Teilnahme, S. 38, S. 131, S. 187; Püttner, Die öfftl. Unternehmen, S. 46 unterscheidet im wesentlichen drei Gruppen von Unternehmen mit Beteiligung der öffentl. Hand, erstens die Unternehmen mit Beteiligung "mehrerer öffentlicher Hände" (Formulierung von Püttner), also sog.

Es handelt sich dabei um solche privatrechtlich organisierte Unternehmen, die sich teils in öffentlicher, teils in privater Hand befinden.

2. Handeln eines öffentlichrechtlich organisierten Trägers öffentlicher Verwaltung

Um erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand handelt es sich aber auch dann, wenn die Verwaltung im öffentlichrechtlich organisierten Eigenbetrieb zum Beispiel staatliche Domänen (Waldbesitz etc.) oder staatliche (bzw. gemeindliche) Brauereien betreibt¹³.

Ein besonders gutes Beispiel bringt der Fall, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.4.1974 - DVBl. 1975, 655 ff. - zugrundelag. Der I. Senat bejahte die Frage, ob der Staat in der Kraftfahrzeugzulassungsstelle Kennzeichenschilder verkaufen dürfe.

§ 2 Die herrschende Meinung von der Wahlfreiheit/Verwaltungsprivatrecht und echte Fiskalverwaltung

In jedem der oben dargestellten Fallbereiche darf der Staat nach überwiegender Auffassung privatrechtliche Gestaltungsformen verwenden¹⁴.

Im ersten Grundfall handelt es sich um den in der heutigen Verwaltungspraxis immer bedeutender werdenden Bereich der "Daseinsvorsorge". Dieser Begriff - von Ernst Forsthoff entwickelt und zu großem Ansehen gebracht -¹⁵ ist gekennzeichnet durch Plastizität auf der einen und Grenzlosigkeit auf der anderen Seite. Die Plastizität besteht darin, daß der

"gemischtöffentliche Unternehmen", "Gemeinschaftsunternehmen", zweitens Unternehmen mit einer Beteiligung der öffentlichen Hand von mehr als 50 % - sog. "gemischt-wirtschaftliche Unternehmen", drittens die Unternehmen mit weniger als 50 % staatlicher Beteiligung - sog. "Finanzvermögen"

13) Beispiele bei Wolff/Bachof I § 23 II. a)

14) Siehe die Angaben in Fußnote 2) S. 1 und S. 2 dieser Untersuchung

15) Siehe die Angaben in Fußnote 6) S. 3 dieser Untersuchung - außerdem Bulla, DVBl. 1975, 643 ff., 647 f.;
kritisch zu diesem Begriff etwa Fischerhof, DöV 1957, 305 ff., 312 ff.;
ders., DöV 1960, 41 ff.; Maunz, VerwArch Bd. 50 (1959), S. 315 ff. und
Börner, BayVBl. 1971, 406 ff.

Begriff alle die Aufgaben umfaßt, deren Erfüllung die Lebensbedürfnisse des Menschen gebieten, wobei auch diejenigen Aufgaben mitberücksichtigt werden können, die auf Grund gesellschaftlicher, politischer und vor allem ökonomischer Entwicklungen neu auf den Menschen zukommen¹⁶. Die Grenzenlosigkeit besteht darin, daß es wegen der generalklauselartigen Weite des Begriffs der individuellen Anschauung überlassen bleiben muß, was im einzelnen darunter zu subsumieren ist. Falls man zu dem Schluß gekommen ist, daß eine bestimmte Aufgabe zum Bereich der Daseinsvorsorge gehört, hat man damit noch nicht beantwortet, in welchen Rechtsformen diese Aufgabe zu erfüllen ist. Folgt man der herrschenden Meinung, dann erscheint die Beantwortung dieser Frage überflüssig, denn danach steht der Verwaltung insofern Wahlfreiheit zu.

Doch schon an dieser Stelle muß festgestellt werden, daß es eine wirkliche Wahlfreiheit nicht geben kann, denn daß die Wehr- oder Polizeitätigkeit nicht privatrechtlicher Natur ist, liegt auf der Hand¹⁷.

Wenn also auch von den Befürwörtern einer weitgehenden Wahlfreiheit Beschränkungen generell abgelehnt werden, so müssen auch sie Zugaben, daß es eine wirkliche "Freiheit der Wahl" nicht gibt¹⁸ bzw. diese Freiheit, falls man sie doch anerkennt, nicht ohne Grenzen sein kann.

Abgesehen davon hält man aber das Grundtheorem gewissenhaft aufrecht, nach dem die Privatrechtssphäre dem Staat mehr oder weniger einschränkungslos zur Verfügung stehe. Um jedoch der Verwaltung nicht die Möglichkeit zu geben, sich den Bindungen des öffentlichen Rechts, vor allem denen der Grundrechte, zu entziehen, wird im Anschluß an Hans Julius Wolff die in der Sache schon von Wolfgang Siebert vertretene Lehre vom "Verwaltungs-

16) Nach Emmerich, JuS 1970, 332 ff., 335 können sich die öffentl. Zwecke der Unternehmen des Staates ständig wandeln; der Begriff der Daseinsvorsorge habe genausowenig einen normativen Gehalt wie der Begriff des öfftl. Zwecks (a.a.O. S. 336) - so auch Badura, DöV 1966, 624 ff. u. ähnlich Ossenbühl, DöV 1971, 515

17) dazu später

18) Vgl. etwa Giacometti, Allg. Lehren ..., S. 115; speziell in Bezug auf Zwangsverhältnisse im Bereich des Anschluß- und Benutzungszwangs Rüfner, Formen ..., S. 351 und Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, S. 102

privatrecht"¹⁹ angewandt. Danach gilt - kurz zusammengefaßt - folgendes: Erfüllt ein Träger öffentlicher Verwaltung in privatrechtlichen Handlungsformen unmittelbar Verwaltungsaufgaben, so ist er nach dieser Lehre an die Grundrechte, aber auch an die allgemeinen, jede Verwaltungstätigkeit beschränkenden Rechtssätze (z.B. Übermaßverbot oder Sozialstaatsprinzip) gebunden; dies folgt primär aus Art. 1 Abs. 3 GG, der die vollziehende Gewalt bindet, ohne daß diese Bindung auf die in öffentlichrechtlichen Formen erfolgenden Verwaltungstätigkeiten beschränkt wäre²⁰.

Im ersten Beispielsfall²¹ hat das zur Folge, daß die Stadt bei Abschluß der privatrechtlichen Beförderungsverträge die Schüler der privaten Berufsschule nicht gleichheitswidrig von den (niedrigeren) Schülertarifen ausnehmen darf, wobei hier vorerst unbeachtet bleiben soll, daß es sich in dem genannten Fall um eine privatrechtlich organisierte, aber zu 100 % in gemeindlicher Hand befindliche Verkehrs-AG handelte, also nicht um einen Eigenbetrieb im engeren Sinne (z.B. eine Anstalt). Die Tatsache, daß die Gemeinde den gesamten möglichen Einfluß hatte, läßt einen Vergleich mit den Eigenbetrieben ohne weiteres zu.

Obwohl das Ergebnis, die direkte Anwendung des Gleichheitssatzes begrüßenswert ist, fragt es sich doch, was eine Freiheit der Rechtsformwahl der Verwaltung tatsächlich nützt, wenn auch bei der Anwendung des Privatrechts die öffentlichrechtlichen Bindungen gelten²². Man ist geneigt, einen "Etikettenschwindel" zu konstatieren, der nur verdecken soll, daß in Wahrheit doch öffentliches Recht vorliegt.

Menger/Erichsen vertreten in der Sache bezüglich des vorliegenden BGH-

19) Vgl. Wolff/Bachof I, § 23 II. b); Siebert, in Festschr. f. Niedermeyer, S. 215 ff., S. 221; vgl. auch Haas, DVBl. 1960, 303 ff.; Badura, JuS 1966, 17 ff.; Reuss, in Die staatl. Einwirkung auf die Wirtschaft, 1971, S. 465 ff., S. 472 f.; Ossenbühl, DöV 1971, 513 ff.

20) Vgl. BGH Z 29, 76 ff., 80; 33, 230; 36, 91 ff., 95 = DVBl. 1962, 298 ff. mit abl. Anm. Zeidler; BGH Z 52, 325 ff.; dazu die sehr krit. Bespr. von Menger/Erichsen, VerwArch Bd. 61 (1969), S. 380 ff.; Bender, NJW 1975, 1813 ff., 1818 f.

21) BGH Z 52, 325 ff.

22) dieser Einwand bei Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 167 ff.; vgl. auch Bosse, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, 1974, S. 24 f., nach dessen Ansicht es in Wahrheit gar nicht um das Rechtsgebiet, sondern um die Rechtsform geht

Falles - zumindest in Hinsicht auf dessen Streitgegenstand - diese Ansicht, wenn sie ausführen: "Es geht also hier nach Ansicht des BGH um die Anwendung des Art. 3 GG als Norm des öffentlichen Rechts auf einen konkreten Sachverhalt. Damit ist entgegen seiner Ansicht der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für diesen Rechtsstreit nicht eröffnet"²³.

Erfüllt ein Träger öffentlicher Verwaltung unter Benutzung des Privatrechts nur mittelbar Verwaltungsaufgaben, dann soll er nach überwiegender Auffassung nicht den Grundrechten und sonstigen öffentlichrechtlichen Bindungen unterworfen sein²⁴. Im Gegensatz zum Verwaltungsprivatrecht spricht man hier von echter Fiskalverwaltung oder von Fiskalverwaltung im engeren Sinne²⁵.

Eine Mindermeinung bejaht auch in diesem Fall die Grundrechtsbindung, weil der Staat seine Staatseigenschaft nicht ablegen könne²⁶. Um eine derartige mittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben handelt es sich bei den Fällen unter II. und III. dieser Untersuchung²⁷.

Auf den ersten Blick erscheint das Begriffspaar "mittelbare, unmittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben" ausgesprochen gut geeignet als Kriterium zur Unterscheidung von grundrechtsfreier und grundrechtsgebundener (privatrechtlicher) Verwaltungstätigkeit. Die Materialbeschaffung etwa läßt sich ohne besondere Schwierigkeiten in den Bereich der echten Fiskalverwaltung einordnen, denn erst mit den bereits erworbenen Sachen werden unmittelbar Verwaltungsaufgaben erfüllt. Der Erwerb selbst gehört somit ohne Zweifel dem Bereich mittelbarer Aufgabenerfüllung an. Auch die Bewirtschaftung staatlicher Domänen oder der Betrieb staatlicher Produktionsbetriebe gehören zu dieser Art privatrechtlicher Verwaltungstätigkeit, denn erst der Erlös soll der Erfüllung von (anderen) Verwaltungsaufgaben

23) Menger/Erichsen, VerwArch Bd. 61 (1969), S. 380 unten

24) BGH Z 36, 95; vgl. auch Püttner, Die öfftl. Unternehmen, S. 147 unter der Bezeichnung "vermittelnde Lehre"; weiterhin Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, S. 72

25) Siehe Wertenbruch, JuS 1961, 105 ff., 108; Wolff/Bachof I, § 23 II. a)

26) Vgl. Mallmann, VVDStRL Bd. 19 (1961), S. 165 ff., S. 196 ff.; Zeidler, VVDStRL ebd., S. 208 ff., S. 218 ff.; Metzmacher, Der Rechtsschutz gegenüber gemeindlichem Verwaltungsprivatrecht, Diss. Münster 1971, S. 120 ff., S. 140; Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, S. 137 ff., nach dessen Ansicht sich allerdings "gewisse Abstufungen" nicht ableugnen lassen (dass. S. 138)

27) Vgl. oben S. 5 ff.

dienen. In diesen Fällen werden die spezifischen Verwaltungsaufgaben erst durch eine neue Handlung erfüllt. Diese Handlung wurde durch die vorangegangene Tätigkeit allerdings erst ermöglicht. Demgemäß kann man die echte Fiskalverwaltung auch als "Verwaltung ermöglichende privatrechtliche Tätigkeit"²⁸ bezeichnen.

Es handelt sich bei den Kriterien der Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit um Kausalitätsgesichtspunkte, die die Unterscheidung von grundrechtsgebundener und grundrechtsfreier privatrechtlicher Verwaltungstätigkeit ermöglichen sollen. Mit dem Abstellen auf Kausalitätsgesichtspunkte übernimmt man aber zwangsläufig die Nachteile kausaltheoretischer Konstruktionen.

Dies zeigt zum Beispiel folgende Frage:

In welches der beiden Rechtsgebiete (Verwaltungsprivatrecht/echte Fiskalverwaltung) ordnet man eine privatrechtliche Verwaltungstätigkeit ein, mit der gleichzeitig unmittelbar und mittelbar Verwaltungsaufgaben erfüllt werden? Zu denken ist etwa an die staatliche Auftragsvergabe. In Zeiten wirtschaftlicher Rezession wird mit den an die Wirtschaft vergebenen staatlichen Aufträgen nicht nur der Zweck verfolgt, die zu erwerbenden Leistungen nach deren Erwerb als Mittel zur unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zu verwenden. Vielmehr ist neben der Förderung der gesamten Wirtschaft - dies ist ebenfalls eher ein mittelbarer Verwaltungszweck - außerdem beabsichtigt, das jeweilige Unternehmen wirtschaftlich zu fördern. Kommt man trotzdem zu dem allgemein vertretenen Ergebnis, daß der Staat hier nicht an die Grundrechte gebunden ist, weil (angeblich) gegenüber dem Einzelunternehmen keine Verwaltungsaufgaben verfolgt werden²⁹, so ist das Dilemma offensichtlich. Hier handelt es sich nämlich nicht nur um einen staatlichen Auftrag, sondern außerdem um eine Subventionierung. Im Bereich der Subventionen wird jedoch ein sehr weitgehender Grundrechtsschutz des Einzelunternehmens speziell im Hinblick auf Art. 3 GG bejaht³⁰.

Darüberhinaus gibt es privatrechtliche Verwaltungstätigkeiten - darauf hat schon Maßmann anläßlich der Staatsrechtslehrertagung 1960 eindringlich

28) so auch Bad.-Württ. VGH, BaWüVBl. 1971, 152 ff., 153

29) So Bender, JuS 1962, 178 ff., 180

30) Vgl. Wolff III, § 154 V. b) und die dort angegebenen Nachweise

hingewiesen³¹ -, die (mehr oder weniger) zweifelsfrei als nicht verwaltungsprivatrechtlich bezeichnet werden können, die aber nur bei "überdehnender Interpretation" als rein fiskalisch zu bezeichnen sind. Als Beispiel nennt Mallmann den freihändigen Ankauf eines Grundstücks durch eine Gemeinde, das enteignet würde, falls der Eigentümer den Verkauf verweigerte. Mallmann stellt berechtigterweise die rhetorische Frage, ob eine solche privatrechtliche Tätigkeit der öffentlichen Hand wirklich ebenso rein fiskalisch ist wie der Kohlenkauf des Finanzamts. Diese kurz zusammengefaßte Kritik am heute üblichen Unterscheidungssystem der verwaltungsprivatrechtlichen und der fiskalischen Verwaltungstätigkeiten zeigt, daß die Unterscheidung beider Bereiche häufig sehr problematisch ist.

Ob man allerdings deshalb das Begriffspaar "unmittelbare/mittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben" kompromißlos ablehnen sollte³², muß doch durchaus bezweifelt werden, da man mit ihm normalerweise zu klaren Ergebnissen kommen kann und ein Ersatz derzeit nicht ersichtlich ist. Man wird vielmehr mit Ossenbühl auch weiterhin von der Unterscheidung in unmittelbare und mittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ausgehen dürfen, wenn man von der pauschalen "Agendenabgrenzung" wegkommt und individualisierend "etwa danach fragt, ob die Verwaltung durch eine bestimmte Leistung einen Bürger gezielt begünstigen wolle"³³. Nach Ossenbühls Ansicht treten zu den Kausalitätsgesichtspunkten (unter Umständen) Finalitätserwägungen hinzu. Das ist konsequent, denn ohne Zweifel ist die Festlegung dessen, was Kausalglied im Sinne der Begriffe unmittelbare/mittelbare Aufgabenerfüllung ist, abhängig von Zweckerwägungen. Um Zweckerwägungen handelt es sich nämlich, wenn man festlegt, was die zu erfüllende

31) Mallmann, VVDStRL Bd. 19 (1961), S. 165 ff., S. 196

32) So Zeidler, DVBl. 1962, 301 f.; ders., VVDStRL Bd. 19 (1961), S. 237/238; im Ergebnis auch Emmerich, JuS 1970, 332 ff., 335, der schon die Möglichkeit der exakten Festlegung öffentlicher Zwecke verneint; außerdem Metzmacher, Der Rechtsschutz ..., S. 120 ff. mit weiteren Nachweisen; kritisch auch Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, S. 72. Nach seiner insofern zutreffenden Ansicht sind "die Übergänge ... fließend". Zweifel auch in der Begründung zum EVwVerfG 1963 unter 5. (S. 70); darauf beruft sich auch der inzwischen Gesetz gewordene E 1973, vgl. Drucks. des Dt. Bundesrates Nr. 227/73, Anm. 4 zu § 9 des Entwurfs (S. 41/42)

33) Ossenbühl, DöV 1971, 521 unter Hinweis auf Rüfner, Formen ..., S. 394 ff., besonders S. 399 ff.

Verwaltungsaufgabe ist. Es handelt sich ebenfalls um Zweckerwägungen, wenn man einen gedachten Handlungserfolg daraufhin überprüft, ob er als Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe angesehen werden kann oder ob noch weitere Handlungen hinzutreten müssen. Kausalität und Finalität gehören insofern zusammen. Sie lassen sich nicht voneinander lösen.

Auch dann aber, wenn im konkreten Fall mit einer derart verfeinerten Methode die echt fiskalische von der verwaltungsprivatrechtlichen Tätigkeit unterschieden worden ist, zeigt sich - falls die Unterscheidung zur Feststellung einer verwaltungsprivatrechtlichen Fallkonstellation geführt hat -, daß der Form nach Privatrecht gilt, während es sich materiell um öffentliches Recht handelt. Es würde demgegenüber der Rechtsklarheit dienen, wenn die Rechtsform mit dem materiellen Gehalt deckungsgleich wäre, was den verwaltungsprivatrechtlichen Bereich auch formell ins öffentliche Recht überführen würde. Das Begriffspaar "mittelbare/unmittelbare Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe" würde dann zur Grenze zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungstätigkeit.

§ 3 Die Wahlfreiheit aus der Sicht von Verwaltungsrechtslehre und Rechtsprechung in der Zeit bis zum 2. Weltkrieg

Schon diejenigen Autoren, die sich Anfang bis Mitte dieses Jahrhunderts mit dem privatrechtlichen Handeln der Verwaltung befaßten, wiesen (meist nur beiläufig) auf das Wahlfreiheitsproblem hin. Eine intensive wissenschaftliche Auseinandersetzung fand jedoch nicht statt.

So geht etwa Behr³⁴ stillschweigend davon aus, daß dem Staat die Freiheit zustehe³⁵, zwischen den Rechtsformen des öffentlichen und privaten Rechts zu wählen³⁶. Daß aber auch er schon die Existenz einer einschränkungslosen Wahlfreiheit verneint, zeigt sich an seiner Einschränkung, die Verträge

34) in AöR Bd. 38 (1918), S. 288 ff.

35) Wenn im folgenden von "Staat" gesprochen wird, dann ist nicht der Staat als Ausdruck der Gebietskörperschaften Bund und Land gemeint (bzw. Reich und Land), sondern schlechthin jeder Träger öffentlicher Verwaltung

36) Behr, a.a.O., S. 288 ff., z.B. S. 293: "... So auch der Fiskus, der in privatrechtlicher Verkleidung in den bürgerlichen Verkehr tritt."

des Fiskus hätten sich "innerhalb der Grenzen des öffentlichen Rechts" zu halten³⁷. Was Behr im einzelnen mit dieser Einschränkung gemeint hat, wird nicht klar. Meint er etwa eine Grundrechtsbindung³⁸, wobei dann noch zu klären wäre, ob diese Bindung nur den heute als Verwaltungsprivatrecht bezeichneten Bereich betreffen soll oder aber auch den rein fiskalischen Bereich? Oder meint er eine Bindung durch die sonstigen geschriebenen und ungeschriebenen Regeln des öffentlichen Rechts schlechthin? Für die zweite Möglichkeit spricht Behr's im folgenden gebrachtes Beispiel. Danach ist ein Vertrag "ungesetzlich und unwirksam", in dem der Fiskus dem Vertragsgegner allgemeine Befreiung von öffentlichen Abgaben oder Gebühren zusagt, während im konkreten Fall nur die Verwaltung zur Befreiung befugt ist³⁹.

Dieser nur kurz angedeutete Ansatz trägt schwerlich zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage bei, zumal die Kardinalfrage - die Frage der Wahlfreiheit selbst - ohne nähere Begründung als bejaht vorausgesetzt wird.

Ähnlich knapp, dafür aber ausdrücklich, behandeln einige andere Autoren im ersten Drittel dieses Jahrhunderts das Problem und die sich daraus entwickelnden Fragen.

Giese/Neuwiem/Cahn gehen von der Wahlfreiheit aus, lehnen aber eine Grundrechtsbindung im fiskalischen Bereich ab⁴⁰. Herrnritt geht ebenfalls prinzipiell von der Wahlfreiheit aus, spezifiziert aber diese Ansicht näher dahingehend, daß der Abschluß privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Verträge durch die Gesetzgebung bestimmt werde⁴¹.

De facto befürwortet Herrnritt nicht eine Wahlfreiheit der Verwaltung, sondern eine Wahlfreiheit des Gesetzgebers, die allerdings - und darin besteht die grundlegende Übereinstimmung mit den vorerwähnten Autoren - die prinzipielle Möglichkeit und Zulässigkeit staatlichen Handelns im Bereich des Privatrechts beinhaltet.

Vorsichtiger als diejenigen, die grundsätzlich eine Wahlfreiheit bejahen,

37) Behr, a.a.O., S. 301

38) Siehe dazu oben S. 8 ff.

39) Behr, a.a.O., S. 302

40) Giese/Neuwiem/Cahn, Deutsches Verwaltungsrecht, 1930, S. 13

41) Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, 1921, S. 446

aber weniger einschränkend als Herrnritt, argumentieren Nebinger und Peters. Nach Nebinger besteht "mitunter" die Möglichkeit der Wahl zwischen hoheitlicher und fiskalischer Verwaltungstätigkeit⁴², während Peters meint, ob der Staat als Hoheitsträger oder Privatrechtssubjekt handeln wolle, hänge "oftmals" von seinem eigenen Willen und seiner Entscheidung ab⁴³. Peters vertieft diesen Ansatz nicht weiter. Auch der anschließende Hinweis, es sei ein "Beweis echter Verwaltungskunst, hierbei (gemeint ist: bei der Wahl) zweckmäßig zu verfahren"⁴⁴, ist nicht ausreichend. Hier böte es sich an, zu überlegen, ob und gegebenenfalls inwieweit die Zweckmäßigkeit als Rechtsprinzip zur Einordnung in zwingend öffentlichrechtliche und privatrechtliche Gestaltungsformen Verwendung finden könnte.

Scheinbar kritischer äußert sich Fleiner, indem er das inzwischen berühmt gewordene Wort der "Flucht von Staat und Gemeinde in das Privatrecht" gebraucht⁴⁵. Damit ist aber, wie sich dem Zusammenhang unschwer entnehmen läßt, keine Abwertung gemeint⁴⁶. Fleiner sagt nämlich im vorhergehenden Satz: "Dieser Lösung⁴⁷ bedient sich die öffentliche Verwaltung, um das ganze Unternehmen möglichst wirtschaftlich zu betreiben"⁴⁸. Fleiner meint demnach gerade nicht, daß es sich bei den Motiven des Staates um diejenigen Motive handelt, die von der Rechtsschutzverkürzung bis zur materiellen Beeinträchtigung des Privaten reichen⁴⁹. Die Auffassung Fleiners wird auch durch eine genauere Betrachtung des Wortes "Flucht" gestützt. Zulässigerweise gebraucht man diesen Ausdruck nämlich auch dann, wenn ein Bereich verlassen wird⁵⁰, weil legitime Interessen in diesem Bereich nicht mehr

42) Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1949, S. 5

43) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 129

44) Peters, Lehrbuch, S. 129

45) Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, 1928, S. 326

46) So aber sieht es Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 167

47) Fleiner meint die Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge mit Hilfe privatrechtlicher Gesellschaften, deren Anteile alle in staatlicher Hand sind oder die "unter der bestimmenden Mitwirkung des Staats oder der Gemeinden betrieben werden"

48) Fleiner, Institutionen ..., S. 326

49) So Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 167, ohne jedoch Fleiner zu zitieren

50) Das ist normalerweise ein geographischer Bereich, kann aber ebensogut ein geistiger Bereich sein

verwirklicht werden können. Inwieweit allerdings die wirtschaftlichen Interessen des Staates legitime Interessen sind, ist eine andere Frage, die an dieser Stelle nicht beantwortet zu werden braucht. Entscheidend ist nur, daß mit einem Schlagwort wie dem von der "Flucht ins Privatrecht" nichts gewonnen ist; vielmehr ist im Gegenteil dieses Schlagwort geeignet, eine Auseinandersetzung mit der sachlichen Problematik zu erschweren.

Eingehender als alle bisher erwähnten Autoren setzt sich Jellinek mit der Frage auseinander⁵¹. Auch er geht grundsätzlich von der Wahlfreiheit aus⁵², lenkt aber im folgenden das Augenmerk auf die Frage, ob und welche Grenzen der fiskalischen Verwaltung gesetzt seien⁵³. "Alles" könne dem Staat oder der Gemeinde "in Zivil" doch nicht gestattet sein⁵⁴. Um diese Auffassung zu stützen, bringt Jellinek einige Beispiele.

Die Vornahme oder Nichtvornahme eines obrigkeitlichen Aktes könne "offenbar" nicht Gegenstand privater Abmachungen werden⁵⁵. Der Staat könne sich nicht privatrechtlich verpflichten, einem Beamten ein bestimmtes Amt bei Freiwerden zu übertragen oder von seiner Enteignungsbefugnis einem einzelnen Eigentümer gegenüber keinen Gebrauch zu machen⁵⁶. Die privatrechtlichen Abmachungen (zwischen Staat und Bürger)⁵⁷ müssen nach Jellinek eine billigenswerte Grundlage haben, etwa das geldliche Interesse der Gemeinde am Zuzug eines steuerkräftigen Fremden oder den Vorteil, der der Gemeinde daraus erwachse, daß der Eigentümer des beschlagnahmebefreiten Hauses sich zum Bau eines neuen Wohnhauses verpflichte⁵⁸.

Auch Jellinek klammert demnach aus dem Wahlfreiheitsbereich die obrigkeitlichen Verwaltungstätigkeiten aus. D.h. dort, wo sich der Staat seiner spezifischen staatlichen Macht bedient, also in allen Fällen eines Über-Untersordnungsverhältnisses zwischen Bürger und Staat, muß jedenfalls öffentliches Recht angewendet werden. Daraus ist zu folgern, daß der Staat sich dieser ihm doch gerade auszeichnenden Macht nicht ohne weiteres

51) Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1931, S. 24 ff., S. 387

52) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 24

53) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 26

54) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 26

55) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 26

56) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 26

57) Erklärung vom Verf. dieser Untersuchung

58) Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 26/27

entäußern und ein Gleichordnungsverhältnis eingehen darf, noch dazu, wenn es sich um ein Gleichordnungsverhältnis des Privatrechts handelt. Daß aber das Abgrenzungskriterium der "billigenswerten Grundlage" zu allgemein ist, um den Wahlfreiheitsbereich zweifelsfrei ermitteln zu können, liegt auf der Hand.

Wie heute, so gab es auch in der Zeit der Weimarer Republik (und danach) Beamten-gesetze, die die Voraussetzungen für Einstellung, Versetzung und Entlassung der Beamten regelten⁵⁹. Ebenso gab es den heutigen Enteignungs-gesetzen⁶⁰ vergleichbare Regelungen⁶¹. Beide Vorschriftengruppen gehörten damals und gehören heute unzweifelhaft dem öffentlichen Recht an. Aber auch die durch die jeweiligen Gesetze zur Verfügung gestellten Handlungs-mittel sind öffentlichrechtlicher Natur. Will der Staat einen Beamten einstellen, so muß diese Einstellung durch Verwaltungsakt erfolgen. Ent-sprechendes gilt für die Enteignung. Eine privatrechtliche Enteignung ist nicht denkbar. Dagegen spricht nicht, daß es nach überkommener Auffassung möglich ist, den tatsächlichen Erfolg einer Enteignung auch mit privat-rechtlichen Mitteln herbeizuführen, nämlich durch bürgerlichrechtliche Übereignung. Auch der praktische Erfolg einer Beamtenernennung, nämlich die Erbringung von Diensten für Staat und Kommunen, ist möglich, ohne daß der Dienstleistende den Beamtenstatus innehaben müßte. Der durch pri-vatrechtlichen Dienstvertrag angestellte öffentliche Bedienstete ver-richtet häufig die gleichen Arbeiten wie ein Beamter. Trotzdem liegen die den Beamtenbegriff ausmachenden begrifflichen Merkmale (Anstellung auf Lebenszeit, Pensionsanspruch etc.) im Falle der privatrechtlichen Anstellung nicht vor.

59) Vgl. das Reichsbeamten-gesetz vom 31. März 1873 in der Fassung der Be-kanntmachung vom 18. Mai 1907, RGBl. S. 201, S. 245 - dieses Gesetz galt nur für "unmittelbare Reichsbeamte"; vgl. außerdem das Preußische Gesetz betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten vom 30. Juni 1899, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten, Jahrgang 1899, S. 141; siehe auch das in der nationalsoziali-stischen Zeit erlassene, aber schon vorher konzipierte Deutsche Be-amtengesetz vom 26. Januar 1937, RGBl. I S. 39

60) etwa Hess. Enteignungs-gesetz v. 4. April 1973, GVBl. I S. 107; siehe auch die diesem modernen Gesetz entsprechenden Regelungen der anderen Bundesländer: Berlin, v. 14. Juli 1964, GVBl. S. 737; Bremen, v. 5. Oktober 1965, GBl. S. 129 i.d.F. v. 12. Juni 1973, GBl. S. 127; Ham-burg, v. 14. Juni 1963, GVBl. I S. 77; Niedersachsen, v. 12. November 1973, GVBl. S. 411; Rheinland-Pfalz, v. 22. April 1966, GVBl. S. 103 i. d.F. vom 27. Juni 1974, GVBl. S. 290; Bayern, v. 11. November 1974, GVBl. S. 609

61) Vgl. etwa das Preußische Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum

Bei den genannten gesetzlichen Regelungen handelt es sich um zwingendes öffentliches Recht, zwingend auch insofern, als die spezifischen rechtlichen Folgen nur mittels der jeweiligen öffentlichrechtlichen Mittel herbeigeführt werden können. Privatrechtliche Rechtsformen sind insofern unzulässig. Ein anschauliches Beispiel für diesen Grundsatz liefert die Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 6. Oktober 1897⁶².

Die Witwe eines Grundstückseigentümers wehrte sich gegen die Heranziehung zur Kanalgebühr, da ihr Ehemann mit der Gemeinde privatrechtlich den Anschluß dieser Gebühr vereinbart habe. Das Gericht entschied unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung, daß der privatvertragliche Gebührenverzicht seitens der Gemeinde unzulässig sei. Öffentliches Recht könne nicht durch Privatabkommen geändert werden.

Wenn es in diesem Fall auch primär darum ging, daß das materielle öffentliche Recht generell nicht (hier sogar zugunsten einer bestimmten Person) abgeändert werden darf, so wird damit implizit doch auch die Privatrechtsform für unzulässig erklärt⁶³.

Abgesehen von dieser Ausnahme einer "per se"-Unzulässigkeit der Verwendung privatrechtlicher Rechtsformen im obrigkeitlichen Tätigkeitsbereich der Verwaltung wurde auch vom Reichsgericht die Wanlfreiheitsthese nicht in Zweifel gezogen⁶⁴.

Beispielsweise durfte auch damals schon die Abgabe von Wasser an den Bürger mit privatrechtlichen Mitteln, also auf Grund privatvertraglicher

vom 11. Juni 1874, Gesetz-Sammlung für die königlichen Preußischen Staaten, Jahrgang 1874, S. 221 und das Preußische Gesetz über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren vom 26. Juli 1922, Preuß. Gesetzessaml., Jahrg. 1922, S. 211

62) PrOVG E 32, 63; ebenso das Reichsgericht, vgl. RGZ 109, 294 f.; 111, 48 f.; 128, 146 ff., 148 m.w.N.; 154, 167 ff., 178

63) Vgl. aber auch die diesen Grundsatz wieder einschränkenden Urteile des Preußischen OVG in PrOVG E 53, 119 f. und E 68, 184 ff.

64) Vgl. RGZ 31, 246 ff., 248; 56, 4 ff., 6; 79, 101; 86, 117 ff., 122; 102, 246 ff., 248/249; 105, 99 f. (obiter dictum); 111, 8 ff., 10; 111, 204 ff., 210; 111, 375 ff.; 119, 304 ff.; 121, 273 ff., 278; 128, 134 ff., 137; 137, 239 ff.; 148, 326 ff., 328 f.; 150, 216 ff.; 152, 129 ff.; 152, 178 ff.; 157, 207

Vereinbarung vorgenommen werden⁶⁵. Oder man hielt es für zulässig, daß mit Hilfe eines privatrechtlichen Dienstvertrages ein Tierarzt zum gemeindlichen Fleisch- und Trichinenbeschauer bestellt wurde⁶⁶ bzw. daß zwischen Staat und Gemeindeversicherungsanstalten ein zugunsten Dritter (hier: Schüler einer höheren Schule) wirkender privatrechtlicher Versicherungsvertrag geschlossen wurde⁶⁷.

In allen diesen Fällen hat es das Reichsgericht entweder implizit oder aber sogar ausdrücklich dem Staat gestattet, von der Ebene des öffentlichen Rechts auf die des Privatrechts hinabzusteigen. Eine eingehendere Fixierung etwa bestehender Grenzen der Wahlfreiheit wurde von dieser Rechtsprechung erst gar nicht versucht und auch vom älteren Schrifttum allenfalls angedeutet⁶⁸.

Eine neue Durchdringung dieses Problemkreises muß das Wesen des Privatrechts zugrundelegen, denn nur so besteht die Chance, präzise und damit erfolgversprechende Fragen nach den privatrechtlichen Möglichkeiten des Staates zu stellen. Auszugehen ist dabei von den "echten" Privaten und ihrer Berechtigung, in den Formen des Privatrechts zu handeln, denn die Privatkompetenzen sind der Ausgangspunkt für die Entwicklung eines Systems der Privatrechtsformen gewesen.

§ 4 Verwaltung und Privatautonomie

Grundlage für das Handeln eines Privaten mit den Mitteln des Privatrechts ist die Privatautonomie. Der Bürger soll berechtigt und befähigt sein, in einem privatautonomen Entscheidungsprozeß darüber zu entscheiden, ob und wie er sich juristisch binden will. Soll ein Träger öffentlicher Gewalt das Privatrecht als Rechtsform verwenden dürfen, so liegt es nahe, danach zu fragen, ob ihm ebenfalls die Privatautonomie zukommt. Dabei kommt es darauf an, welche Rechtsqualität die Privatautonomie hat.

65) Vgl. RGZ 148, 326 ff., 328 f. - Betrieb eines gemeindlichen Wasserwerks als "gewerbliches Unternehmen"; RGZ 152, 129 ff. - Lieferung von mit Blei verseuchtem Wasser

66) RGZ 152, 178 ff.

67) RGZ 128, 134 ff., 137

68) Siehe oben S. 13 ff.

I. Die Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Privatrecht

Sieht man die Privatautonomie als durch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Berechtigung an⁶⁹, so taucht die Frage der Grundrechtsfähigkeit des Staates auf⁷⁰, sofern man diese nicht aus anderen Gründen für den privatrechtlich handelnden Staat für entbehrlich hält. Die Frage der Grundrechtsfähigkeit des Staates kann aber jedenfalls dann dahingestellt bleiben, wenn aus sonstigen dogmatischen Gründen dem Staat die Privatautonomie abgesprochen werden muß.

Um Wesen und Wirkungen der Privatautonomie aufzeigen zu können, erweist es sich als notwendig, auf einen Unterschied in unserer Rechtsordnung hinzuweisen, der unter anderem auch eine der rechtslogisch bedeutsamen Grundlagen für die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht ist. Es geht um den Unterschied zwischen materiellem und formellem Recht, für die vorliegende Untersuchung also um den Unterschied zwischen materiellem Privatrecht und der reinen Privatrechtsform. Ob dieser Unterschied in Zukunft obsolet werden wird, weil es vielleicht gelingt, die privatrechtlichen Rechtsformen ausschließlich mit dem materiellen Privatrecht und die öffentlichrechtlichen Rechtsformen ausschließlich mit dem materiellen öffentlichen Recht zu verknüpfen, muß vorerst dahingestellt bleiben, denn jedenfalls geht unsere Rechtsordnung von der Trennung in Rechtsinhalte und Rechtsformen

69) Ausdrücklich wird der Vertragsfreiheit, die "Ausdruck der Privatautonomie" sei, der Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG zugestanden, vgl. etwa Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdnr. 53 zu Art. 2 Abs. 1 GG; vgl. dass. die Nachweise in Fn. 1; Hamann/Lenz, Anm. B. 3. d) zu Art. 2 GG; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdnr. 14 zu Art. 2 GG; Palandt-Heinrichs, Einführung vor § 145 BGB, Anm. 3) a); Fikentscher, Schuldrecht, S. 69 f.; Schmidt-Salzer, NJW 1970, 8 ff.; ders. meint in WiR 1972, 103 ff., 106, das Zivilrecht sei "Einräumung eines Freiheitsraumes, innerhalb dessen den Individuen entsprechend dem Menschenbild des geltenden Verfassungsrechts grundsätzlich die Möglichkeit der freien Entfaltung und der eigenverantwortlichen Betätigung (oder Nichtbetätigung) eröffnet sein soll".

70) Vgl. dazu BVerfG E 21, 362 ff., 368 ff. (368 m.w.N.) - z.B. gesteht das BVerfG in E 23, 12 ff., 30 den Körperschaften des öffentlichen Rechts im Bereich ihrer öffentlichen Aufgaben den Schutz des Art. 14 GG nicht zu; siehe auch BGH Z 196 ff. = DöV 1975, 316 f. (Enteignung einer Gemeinde durch im Zuge des Baus einer Bundesstraße auferlegte Nachteile?); vgl. weiterhin BayObLG, DöV 1975, 317 f.; außerdem Rupp-v. Brünneck, Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 349 ff., S. 362 ff.; Bettermann, NJW 1969, 1321 ff. Siepermann, DöV 1975, 263 ff. - jeweils mit weiteren Nachweisen

aus⁷¹.

Dieser Systematik gemäß ist zum Beispiel die privatrechtliche Rechtsform des Vertrages nach § 433 BGB als ein formelles Mittel zur Verwirklichung der materiellrechtlichen Privatautonomie anzusehen.

Für den Bereich der Wahl privatrechtlicher Rechtsformen durch Träger öffentlicher Verwaltung bzw. die gegebenenfalls nötige zwingende Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht ergibt sich deshalb folgende Fragestellung:

Ist der Staat privatrechtsfähig und darf er unter Umständen deshalb die Privatrechtsformen verwenden oder darf er Privatrechtsformen verwenden, obwohl er nicht privatrechtsfähig ist?

Drei Möglichkeiten der Konstruktion einer Abhängigkeit bzw. Nichtabhängigkeit der Zulässigkeit privatrechtlicher Rechtsformen von der Privatrechtsfähigkeit bieten sich an:

1. Man gesteht dem Staat die privatrechtliche Rechtsfähigkeit zu. Als Folge davon hält man die Privatrechtsform für zulässig.

Diese erste Möglichkeit wird dadurch bestimmt, daß die Zulässigkeit der Benutzung privatrechtlicher Rechtsformen notwendig mit der Privatrechtsfähigkeit verknüpft ist, so daß der Inhaber der Privatrechtsfähigkeit auch gleichzeitig zur Benutzung der Privatrechtsformen berechtigt ist. Das ergibt sich schon daraus, daß die Zuerkennung der Privatrechtsfähigkeit ohne die Möglichkeit der formellen Geltendmachung sinn- und zwecklos wäre. Man wird demnach allgemein sagen können: Steht dem Staat die Privatrechtsfähig-

71) Daß in unserer Rechtsordnung das Formelle nicht immer kompromißlos vom Materiellen geschieden ist, zeigt Art. 19 Abs. 4 GG, der zugleich Verfahrensgarantie und Grundrecht ist, was ihm die treffende Bezeichnung "formelles Hauptgrundrecht" eingetragen hat - vgl. Friedr. Klein, VVDStRL Bd. 8 (1950), S. 67 ff., S. 85 ff., S. 88, S. 123; auf die von Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdnr. 2 zu Art. 19 Abs. 4 GG aufgezeigte Differenz zur nunmehr geänderten Ansicht Kleins, nach der es sich bei Art. 19 Abs. 4 GG nicht um ein Grundrecht handeln soll, sondern um eine "Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung" (vgl. v. Mangoldt/Klein, Bd. I, S. 542) und die ebenfalls von Dürig kritisierte Ansicht des Bundesverfassungsgerichts in BVerfG E 1, 280, wonach Art. 19 Abs. 4 GG nur dem Schutz der Grundrechte dient, ohne selbst Grundrecht zu sein, sei hingewiesen. Der neueren Ansicht kann nicht gefolgt werden. Dazu hat Dürig a.a.O. bereits das Notwendige gesagt.

keit zu, dann folgt daraus auch eo ipso die Befugnis zur Benutzung privatrechtlicher Rechtsformen.

2. Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß dem Staat die Privatrechtsfähigkeit abgesprochen werden muß, man ihm aber trotzdem die Benutzung privatrechtlicher Rechtsformen gestatten muß. Hier würde sich der Staat gleichsam der "isolierten Privatrechtsform" bedienen, ohne daß ihm dasjenige an materiellem Rechtsgehalt zur Verfügung stünde, was die "echte" private Rechtspersönlichkeit (natürliche Person oder juristische Person) dazu berechtigt, die Privatrechtsform zu gebrauchen.

3. Als dritte Möglichkeit bleibt nur noch die Negation der Privatrechtsfähigkeit des Staates einschließlich der Negation einer Möglichkeit privatrechtsförmigen Handelns.

Die erste und die dritte Möglichkeit gehen davon aus, daß mit der Privatrechtsfähigkeit notwendig die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform verbunden ist. Bei diesen Varianten steht und fällt die Anwendbarkeit privatrechtlicher Rechtsformen mit der Bejahung oder Verneinung der Privatrechtsfähigkeit des Staates.

Die zweite Möglichkeit hingegen entbehrt dieser zwingenden Verbindung von Form und Inhalt. Ein solcher Fall ist das Verwaltungsprivatrecht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung. Es geht dabei um die Erfüllung staatlicher Aufgaben, also materiell gesehen um die Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Gehalte, in den Formen des Privatrechts. Das Privatrecht, das der Staat anwendet, ist gleichsam seiner materiellen Bedeutung beraubt, so daß man treffend von einer "Entprivatisierung des Privatrechts" gesprochen hat⁷².

72) Kötting, Festschrift für OLG Celle, S. 85 - der umgekehrte Fall (Privatrechtsfähigkeit des Staates ohne die Möglichkeit der Benutzung privatrechtlicher Rechtsformen) ist in unserer Rechtsordnung nur theoretisch denkbar. Es wäre für uns nicht verständlich, den Staat völlig frei darüber entscheiden zu lassen, ob und in welcher Art und Weise er mit dem Bürger in rechtlichen Kontakt tritt - etwa durch Einzelakt oder Vertrag - , er sich aber dabei nur der öffentlichrechtlichen Rechtsformen bedienen könnte. So aber liegen die Dinge in Frankreich im Bereich der fiskalischen Hilfsgeschäfte - vgl. dazu Rüfner, Formen ..., S. 108 ff. und S. 353

Nach dieser kurzen Problemorientierung soll im folgenden auf die Frage eingegangen werden, die schon angesprochen wurde, nämlich die Frage nach der Privatrechtsfähigkeit des Staates und seiner Untergliederungen.

II. Privatrechtsfähigkeit des Staates

Es ist an dieser Stelle zu untersuchen, ob dem Staat das materielle Privatrecht zur Verfügung steht. Dies wirft die Frage auf, ob das materielle Privatrecht überhaupt geeignet ist, einem Träger öffentlicher Gewalt zuzuteilzukommen. Um einer Beantwortung dieser Frage näherzukommen, muß versucht werden, die Hauptwesensmerkmale des privaten Rechts darzustellen, soweit sie für den Staat in Frage kommen können.

Selbstverständlich geht beispielsweise aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht ausdrücklich hervor, ob ein Träger öffentlicher Gewalt das Recht hat, einen privatrechtlichen Vertrag abzuschließen. Auch aus sonstigen bürgerlichrechtlichen Vorschriften ergibt sich nicht zwingend, daß die Privatrechtsfähigkeit dem Staat nicht zukommt. Eine mögliche Beschränkung kann sich allenfalls aus allgemeinen Gesichtspunkten wie Sinn und Zweck des bürgerlichen Rechts bzw. der Systematik der jeweiligen Regelung als auch aus der Einzelregelung selbst unter Verwendung der allgemein üblichen Auslegungsmethoden ergeben.

Was also ist unter Privatautonomie⁷³ oder Privatrechtsfähigkeit zu verstehen?

Nach Larenz ist "Privatautonomie" die den einzelnen durch die Rechtsord-

73) Vgl. allgemein zur Privatautonomie bzw. zur Vertragsfreiheit die umfassenden Untersuchungen von Manigk, Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, 1935; Fritz von Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936, S. 61 ff., S. 106 ff.; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Festschr. Juristentag Bd. I, 1960, S. 135 ff., S. 141 ff. zum "Wesen" der Privatautonomie; Ludwig Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, 1960, S. 101 ff., S. 104 ff.; ders. JZ 1958, 1 ff.; Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967 (aus österreichischer Sicht); H. Merz, Privatautonomie heute - Grundsatz und Rechtswirklichkeit, 1970, S. 1 ff. mit zahlr. Nachw.; Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 8 ff., S. 19; Harm Peter Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 21 ff., S. 25 ff.

nung gewährte und gesicherte Möglichkeit, ihre Beziehungen untereinander innerhalb bestimmter Grenzen durch Rechtsgeschäfte zu regeln⁷⁴, während Fikentscher die Möglichkeit, Verträge mit rechtlicher Bindungswirkung zu schließen, als "Vertragsfreiheit" bezeichnet⁷⁵. Versteht Larenz unter "Privatautonomie" offensichtlich das gleiche wie "Vertragsfreiheit", so meint Fikentscher, daß in der "Vertragsfreiheit" die "Privatautonomie" "zum Ausdruck komme"⁷⁶. Das bedeutet, daß nach dieser letzteren Ansicht die "Vertragsfreiheit" aus der "Privatautonomie" folgt, beides folglich nicht identisch ist⁷⁷. Der zweiten Ansicht wird man wohl zustimmen müssen, denn es gibt über die Freiheit des Vertragsschlusses hinaus noch andere bürgerlichrechtliche Befugnisse, die der Vertragsfreiheit vergleichbar sind und die ebenfalls nur Ausdruck einer umfassenden Autonomie des Bürgers, eben der Privatautonomie, sind. Zu denken ist etwa an die Testierfreiheit⁷⁸.

Somit wird man mit Forsthoff unter "Privatautonomie" ganz allgemein die Freiheit "zu rechtlich relevantem Handeln, also die Funktion des rechtlich anerkannten Individualwillens" verstehen müssen⁷⁹, während die "Vertragsfreiheit" oder "Vertragsautonomie"⁸⁰ schlicht die Befugnis bezeichnet, eigenverantwortlich Verträge abzuschließen oder deren Abschluß zu unterlassen⁸¹.

Die Vertragsfreiheit ist eine dem einzelnen verliehene Rechtssetzungsmacht, die zur Folge hat, daß die vertraglichen Regelungen einen gewissen Rechtsquellencharakter haben⁸², und zwar insofern, als durch den Vertrag be-

74) Larenz, Allg. Teil des dt. Bürgerl. Rechts, 4. Aufl., 1977, S. 36

75) Fikentscher, Schuldrecht, S. 71

76) Fikentscher, a.a.O., S. 70; vgl. auch Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 145 BGB Anm. 3); Esser, Schuldrecht, Bd. 1, Allg. Teil, 4. Aufl., 1970, S. 81; Raiser, JZ 1958, 1 ff.

77) So auch Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971, S. 164; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht ..., S. 129; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 135; Merz, Privatautonomie heute ..., S. 3 und S. 19; H.P. Westermann, Vertragsfreiheit ..., S. 24

78) Vgl. Badura, Wirtschaftsverfassung, S. 164

79) Forsthoff, Verwaltungsrecht, Allg. Teil, S. 480; auch bei H.P. Westermann, a.a.O., S. 25 geht es - allerdings in Bezug auf die Vertragsfreiheit - um die "Entfaltung der Einzelpersönlichkeit innerhalb der Gemeinschaft"

80) Esser, a.a.O., Fn. 76)

81) Vgl. etwa Badura, a.a.O., Fn. 78)

82) Esser-Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, Allg. Teil, 1. Teilband, 5. Auflage, 1975, S. 84

stimmte Rechtssubjekte berechtigt und (oder) verpflichtet werden.

Da der Staat einen rechtlich anerkannten Individualwillen gerade nicht hat, sondern jede Staatlichkeit auf den Gemeinwillen zurückzuführen ist, kann die Privatautonomie dem Staat nicht zustehen. Sie ist eine Eigenschaft, die nur dem Individuum eignen kann. Wenn man daher (nur) im Ergebnis mit Wenger⁸³, Püttner⁸⁴, Klein⁸⁵, Klebe⁸⁶, Rüfner⁸⁷ und Krause⁸⁸ dem Staat die Privatautonomie abspricht, so folgt daraus aber noch nicht zwingend, daß ihm die privatrechtliche Vertragsfreiheit auch zu versagen ist.

Ergebnis: Dem Staat steht die Privatautonomie nicht zu⁸⁹. Ob er sich trotzdem der privatrechtlichen Handlungs- und Organisationsformen bedienen darf, ist im folgenden zu untersuchen.

§ 5 Gegenseitige Abhängigkeit von Organisationsform und Handlungsform

Nach herrschender Meinung kann die Verwaltung nicht nur im Rahmen ihres Handlungsbereiches auf das Privatrecht ausweichen; sie kann vielmehr auch privatrechtliche Organisationsformen wählen⁹⁰. Die Differenzierung in Handlungs- und Organisationsformen wirft speziell für das Wahlfreiheitsproblem eine Reihe von Fragen auf, die sich aber alle auf eine Grundaussage zurückführen lassen. Dabei handelt es sich um die gegenseitige Ab-

83) Wenger, Die öffentliche Unternehmung, 1969, S. 399

84) Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 135

85) Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 140

86) Klebe, Diss., a.a.O., Fn. 2), S. 64

87) Rüfner, Formen ..., S. 358 ff.

88) Krause, Rechtsformen ..., S. 86

89) In Bezug auf die Gemeinden so auch Püttner, Die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, Rechtsgutachten, 1972, S. 81

90) Vgl. etwa BGH Z 3, 110 ff., 120 f.; 9, 145 ff., 147; BGH Z 43, 337 ff. und 52, 325 ff. setzen die Wahlfreiheit bezüglich der Organisationsform voraus; zu BGH Z 52, 325 ff. vgl. Emmerich, JuS 1970, 90 f. und 332 ff. -

weiterhin BVerwG E 37, 243 ff.; Forsthoff, Allg.VerwR, § 22, S. 407 ff.; Wittern, Grundriß des Verwaltungsrechts, S. 25 f.; Siebert, a.a.O., Fn. 2), S. 215 ff., S. 229 f.; Kruschke, DöV 1971, 694 ff., 695 f.; Wenger, a.a.O., Fn. 83), S. 523 ff.; Klein, Teilnahme ..., S. 37 f.; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 138

hängigkeit von Organisations- und Handlungsform.

Einerseits steht der Verwaltung jedenfalls dann der Weg zur privatrechtlichen Handlungsform offen, wenn sie ursprünglich zulässigerweise eine privatrechtliche Organisationsform gewählt hat und die privatrechtliche Organisation das tatsächlich handelnde Rechtssubjekt sein soll.

Andererseits schließt nach überwiegender Auffassung die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform die Möglichkeit öffentlichrechtlichen Handelns dieser Organisation aus⁹¹.

Stimmen beide Prämissen, so werden durch ein Überwechseln in den Bereich zivilrechtlicher Organisationen die Weichen gleichsam unwiderruflich in Richtung auf eine privatrechtliche Handlungsform gestellt. Diese Betrachtungsweise hätte in Bezug auf das Thema der Untersuchung beachtliche Konsequenzen. Erstens wird man sagen müssen, daß nach Wahl einer privatrechtlichen Organisation eine Wahlfreiheit in Bezug auf die Handlungsform nicht mehr bestehen könnte, da ja nach herrschender Auffassung nur noch privatrechtliche Handlungsformen in Frage kämen. Zweitens ergäbe sich daraus, daß die Verwaltung sich durch die Wahl einer öffentlichrechtlichen Organisationsform die Wahlfreiheit bezüglich der Handlungsform erhalten bzw. sichern könnte.

Aber nicht nur eine Abhängigkeit der Handlungsform von der Organisationsform ließe sich dann feststellen. Auch umgekehrt bestünde eine Verbindung, denn wenn zur Verfolgung des jeweiligen Zwecks bzw. zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe die Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen unzulässig wäre, dürfte für diese Aufgabenbereiche auch keine Beteiligung an einer privatrechtlichen Organisation gewählt werden. Mit Hilfe der privatrechtlichen Organisation würde sonst das in diesem Fall bestehende Verbot der Benutzung privatrechtlicher Handlungsformen umgangen. Die Verwaltung müßte demnach vor der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform feststellen, ob die Aufgaben, die von der geplanten Organisation erfüllt werden sollen,

91) Wenngleich das auch häufig nicht ausdrücklich gesagt wird, sind die verschiedenen Äußerungen doch eindeutig dahin zu verstehen - vgl. Emmerich, Das Wirtschaftsrecht ..., S. 87; Rüfner, Formen ..., S. 352 m.w.N.; Kruschke, DÖV 1971, 695/696; Wolff, AfK 1963, S. 149 ff., S. 173; Reuss, a.a.O., Fn. 2), S. 465 ff., S. 488 ff., S. 492; Püttner, Die öfftl. Unternehmen, S. 138 und S. 328; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, S. 160 u.v.a.

auch in den Formen des Privatrechts erfüllt werden dürfen. Daraus ergäbe sich, daß man - gleichsam vor die Klammer gezogen - in jedem Falle die Wahlfreiheit in Bezug auf die Handlungsform zuerst untersuchen müßte⁹².

Diese Überlegungen können jedoch nur zutreffen, wenn man davon ausgeht, daß eine privatrechtliche Organisation anderen Privaten gegenüber nicht zur Verwendung öffentlichrechtlicher Handlungsformen berechtigt ist. Gerade dies aber wird von Ossenbühl ausdrücklich bestritten⁹³. Er geht davon aus, daß durch Widmung seitens der Gemeinde auch eine privatrechtlich betriebene Einrichtung zur öffentlichen Einrichtung werde. Der kommunalrechtliche Zulassungs- bzw. Nutzungsanspruch ergebe einen Kontrahierungszwang, der dazu führe, daß der Träger der Einrichtung mit dem Benutzer einen Benutzungsvertrag schließen müsse, der öffentlichrechtlichen Charakter aufweise. Unter Berufung auf Volkmart Götz⁹⁴ sieht Ossenbühl es als "anerkannte Tatsache" an, "daß auch öffentlich-rechtliche Verträge (nur) zwischen Privatpersonen abgeschlossen werden können"⁹⁵.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Bei der Bemerkung von Götz, auf die sich Ossenbühl stützt, geht es um den speziellen Fall der Ersetzung eines Enteignungsbeschlusses durch eine entsprechende Einigung. Götz meint, dieser - unzweifelhaft dem öffentlichen Recht angehörende - Vertrag werde nicht zwischen der Enteignungsbehörde und dem bisherigen Eigentümer, sondern vom bisherigen Eigentümer und dem durch die (nun vermiedene) Enteignung potentiell Begünstigten geschlossen, wobei letzterer ein Träger öffentlicher Verwaltung, aber auch ebenso gut ein Rechtssubjekt des Zivilrechts sein könne⁹⁶.

92) Das bedeutet aber nicht, daß sich die "Unterscheidung von Handlungs- und Organisationsform bei näherem Zusehen verflüchtigt", wie Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 171 Anm. 108 meint.

93) Vgl. Ossenbühl, DVBl. 1973, 289 ff., 294

94) Götz, JuS 1970, 1 ff., 2

95) Ossenbühl, DVBl. 1973, 294; die Möglichkeit eines öffentlichrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen zwei Privatleuten bejahen außerdem Wolff/Bachof I, § 22 II. c) und § 44 II. b); Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, 1958, S. 38 ff., S. 43; Pestalozza, JZ 1975, 50 ff., 51 f. m.w.N.

96) Götz, JuS 1970, 2

Erstens sind dagegen Zweifel anzumelden, daß der den Enteignungsbeschluß ersetzende Vertrag zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem durch die Enteignung potentiell Begünstigten geschlossen wird. Vielmehr wird hier - wenn auch unter dem Druck einer drohenden Enteignung - ein normales Grundstückskaufgeschäft zwischen zwei Privaten geschlossen. Zweitens geht es in dem von Götz genannten Beispiel um einen ganz speziellen Fall, der keineswegs den Schluß auf eine generelle Möglichkeit öffentlichrechtlichen Handelns durch Private in ihrem Verhältnis zueinander zuläßt.

Abgesehen davon aber ist Ossenbühls Ansicht nur haltbar, wenn man mit der herrschenden Meinung am (öffentlichrechtlichen) Vertragsgegenstand zu erkennen ist⁹⁷. Dies würde in der Tat zu der Konsequenz führen, daß durch die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform die Frage der Handlungsform nicht in Richtung auf das Privatrecht präjudiziert wäre, sondern daß nach wie vor öffentlichrechtliche Handlungsformen möglich blieben bzw. - genauer gesagt - nicht aus der weiteren Betrachtung ausgenommen würden.

Die Qualifizierung des Vertrages anhand des Vertragsgegenstandes geht jedoch völlig an den Erkenntnissen der modifizierten Subjektstheorie vorbei.

Auch hinsichtlich der Qualifizierung von Verträgen kann nicht an den allgemeinen wesensmäßigen Unterschieden zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht vorbeigegangen werden. Um diese Unterschiede zu erfassen, sind in der Vergangenheit verschiedene Theorien entwickelt worden.

Nachdem die auf Ulpian zurückgeführte Interessentheorie⁹⁸ wegen ihrer offen-

97) Vgl. BVerwG E 22, 138 ff., 140; 25, 299 ff., 301; 30, 65 ff., 67 (Fernmeldeaspirantenvertrag); 42, 331 ff. (Folgekostenverträge); BVerwG NJW 1958, 349 ff.; der Bundesgerichtshof: in der Sache schon BGH Z 4, 138; vgl. weiterhin BGH Z 32, 214 ff., 216; 35, 69 ff., 71; 43, 34 ff., 37; 54, 287 ff., 291; 56, 365 ff., 368; 58, 386 ff., 388; 61, 359 ff., 360; Entsch. v. 12.5.1972, DVBl. 1972, 824 ff. = NJW 1972, 1657 ff. = JuS 1972, 730 ff. mit Bespr. Menger, VerwArch. Bd. 64 (1973), S. 203 ff.; ähnlich auch teilweise das übrige Schrifttum, vgl. dazu v. Mutius, VerwArch. Bd. 65 (1974), S. 201 ff., S. 204 mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Fn. 27; auch der Gesetzgeber geht bezügl. der Regelung des § 54 VwVfG von dieser hM aus, vgl. die Begrddg. der BReg. zu ihrem Gesetzentwurf dieser Vorschrift in Drucks. des Dt. BTages 7/910 vom 18.7.1973, S. 78

98) Ulpian in der Kodifikation Justinians, in Digesten 1,1,1 "publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem" - vgl. dazu Wolff/Bachof I, § 22 II. a) 6.; Forsthoff,

kundigen Mängel⁹⁹ und die Subordinations- oder Subjektionstheorie¹⁰⁰ wegen der in dieser Theorie zum Ausdruck kommenden Beschränkung auf die Über-Unterordnungsverhältnisse¹⁰¹ nicht mehr aufrechterhalten werden können, ist es heute die von Hans Julius Wolff modifizierte Subjektstheorie¹⁰², die für sich in Anspruch nehmen kann, "herrschende Lehre" zu sein¹⁰³.

Dieser jetzt herrschenden Lehre ist zu folgen. Eine Über-Unterordnung gibt es auch im Privatrecht, etwa im Eltern-Kind-Verhältnis oder - hinsichtlich des arbeitgeberischen Direktionsrechts - im Verhältnis des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer. Demgegenüber erfaßt die Subjektstheorie sowohl die Fälle der Über-Unterordnung als auch die Fälle der Gleichordnung von Bürger und Staat. Die Subjektstheorie geht von dem Grundgedanken aus, daß öffentliches Recht nur dann gegeben sein kann, wenn notwendig der Staat das zum Handeln berechnigte oder verpflichtete Rechtssubjekt ist. Nur dann, wenn der Staat als solcher tätig geworden ist, soll demnach öffentliches Recht vorliegen. Mit dieser Theorie wird somit das - materiell gesehen - typisch Staatliche mit der dem Staat typischen Rechtsordnung, nämlich dem öffentlichen Recht, verknüpft. Dies geschieht - wie oben ausgeführt - wesentlich umfassender als mit der bisher herrschenden Über-Unterordnungstheorie. Es wird das gesamte Spektrum staatlicher Tätigkeiten erfaßt.

VerwR, Allg. Teil, S. 113 f.; Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 38; siehe auch Rimmelspacher, JZ 1975, 165 f. in Bezug auf die erstaunlicherweise allein auf das Interesse-Kriterium abstellende Entscheidung des BGH v. 2.4.1973, NJW 1973, 1078

99) Auch das Privatrecht dient insoweit öffentlichen Interessen, als es eine öffentliche Ordnung des privaten Rechtsverkehrs darstellt - vgl. I. v. Münch in Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 15 m.w.N.

100) Vgl. zur Subordinationstheorie auch Redeker/von Oertzen, Rdnr. 5 f. zu § 40 VwGO; Eyermann/Fröhler, Rdnr. 3 zu § 40 VwGO

101) Siehe etwa die Kritik von Menger, Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in Festschr. f. H.J. Wolff zum 75. Geb., 1973, S. 149 ff., S. 155 und passim m.w.N.

102) Zuerst in AöR Bd. 76 (1950/51), S. 205 ff.; vgl. heute Wolff/Bachof I, § 22 II. c), S. 99 ff. m.w.N.; auch Menger, a.a.O., Fn. 101), S. 160 ff.

103) v. Münch, in Erichsen/Martens, S. 17; noch vorsichtiger Menger, a.a.O., Fn. 101), S. 162 f. und Tschira/Schmitt Glaeser, S. 35; jedenfalls kann die Subordinationstheorie nicht mehr als überwiegende Meinung bezeichnet werden; so aber Schunck/De Clerck, Allg. Staatsrecht, 2. Auflage, 1975, S. 1 oder ZuLeeg, Die Rechtsform der Subventionen, 1965, S. 34 mit weiteren Nachweisen

Der materielle Anknüpfungspunkt, das typisch Staatliche, ist jedoch in der Regel zu wenig definiert und damit zu schwer erkennbar, als daß allein mit Hilfe dieses Begriffes das öffentliche vom privaten Recht zweifelsfrei unterschieden werden könnte. Angesichts dessen geht die Theorie zutreffend davon aus, daß das typisch Staatliche eines Tätigwerdens des Staates bedarf. Deshalb kann nur öffentliches Recht vorliegen, wenn man festgestellt hat, daß es gerade und notwendig der Staat ist, der handeln darf oder muß. Bei notwendiger Beteiligung des Staates in diesem Sinne liegt somit öffentliches Recht vor. Diese notwendige Beteiligung ist leicht festzustellen, wenn eine Rechtsnorm von ihr ausgeht. Es handelt sich dann bei der notwendigen Beteiligung um ein ohne materielle Erwägungen feststellbares, also um ein formelles Merkmal, obwohl natürlich die Relevanz dieses formellen Merkmals von der materiellen Notwendigkeit staatlichen Tätigwerdens herrührt.

Für die Beantwortung der Frage, ob öffentliches Recht oder privates Recht vorliegt, ist es somit nicht mehr erforderlich, die materiellrechtliche Frage zu beantworten, ob in dem zu entscheidenden Fall der Gewaltträger dem Bürger übergeordnet ist. Derartige rechtsinhaltliche Fragen, die häufig nur mittels sehr differenzierender Wertungen beantwortet werden können, entfallen im Bereich der hier zu treffenden Unterscheidung für den Rechtsanwender weitgehend. Die erforderlichen Wertungen wurden bereits durch den Normgeber dahingehend vorgenommen, daß auf Grund der Staatlichkeit des Tätigkeitsbereiches der Gewaltträger zum berechtigten oder verpflichteten Rechtssubjekt gemacht wurde.

Die modifizierte Subjektstheorie gilt auch bezüglich der Einordnung von Verträgen. Dem steht nicht entgegen, daß der Gesetzgeber bei der Regelung des § 54 VwVfG offensichtlich mit der herrschenden Meinung die Abgrenzung anhand des Vertragsgegenstands vornehmen will¹⁰⁴. Die Vorschrift spricht aber von einem Rechtsverhältnis "auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts", das durch "Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden" kann. Der Gesetzgeber hat keinesfalls festgelegt und - wie man unterstellen kann - auch nicht festlegen wollen, daß für die Qualifizierung des öffentlichrechtlichen Vertrages allein auf den Vertragsgegenstand abzustellen ist. Die Vorschrift läßt vielmehr die Möglichkeit offen, die Öffent-

104) Vgl. den Nachweis in Fn. 97), S. 28

lichrechtlichkeit des Vertrages mit Hilfe anderer Unterscheidungsmerkmale festzustellen. Das Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann ohne weiteres gerade dasjenige Rechtsverhältnis sein, an dem ein Träger öffentlicher Gewalt notwendig beteiligt ist. Nach der Subjektstheorie soll ja die Frage, ob das "Gebiet des öffentlichen Rechts" betroffen ist, anhand des genannten formellen Unterscheidungsmerkmals ermittelt werden. Trotzdem ist durch den Gesetzgeber die Unterscheidung mit Hilfe der Subjektstheorie nicht ausgeschlossen, denn auch sie basiert letztlich - wie oben gezeigt - auf materiellen Erwägungen, also auf solchen Erwägungen, die den Gegenstand eines rechtlichen Verhältnisses betreffen.

Ohne schon an dieser Stelle die Wolff'sche Theorie zum gestellten Thema der Wahlfreiheit in Bezug zu setzen¹⁰⁵, muß somit bereits hier festgestellt werden, daß auch für die Qualifizierung von Verträgen nicht mehr ausschließlich auf den Vertragsgegenstand abgestellt werden kann. Es wäre inkonsequent, wollte man nur bei Verträgen wieder auf ein materielles Unterscheidungsmerkmal, nämlich auf den Vertragsgegenstand, abstellen, während man sonst einem formellen Unterscheidungsmerkmal den Vorzug gibt.

Mit der im Vordringen befindlichen Literaturmeinung ist daher die Subjektstheorie¹⁰⁶ auch zur Feststellung der Rechtsnatur eines Vertrages zu verwenden. Danach kommt es darauf an, ob die getroffene vertragliche Regelung, wäre sie normativ erfolgt, eine Norm des öffentlichen Rechts wäre. Dies kann nichts anderes bedeuten, als daß auch hier die Notwendigkeit der Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt das maßgebliche Kriterium für die öffentlichrechtliche Rechtsnatur darstellt.

Deshalb verwundert es, wenn Hans Julius Wolff selbst eine Ausnahme von diesem Grundsatz macht, indem er für den Fall einer vertraglichen Rege-

105) Vgl. unten § 9, S. 89 ff.

106) Vgl. Wolff/Bachof I, § 44 II. a); so ebenfalls die noch von Wolff allein verantworteten Voraufagen; Bettermann, JZ 1966, 445 (Anm. zu BGH v. 21.12.1964 - BGH Z 43, 34); Menger, VerwArch Bd. 64 (1973), S. 205 zu BGH v. 12.5.1972, DVBl. 1972, 824 ff. = NJW 1972, 1657 ff. = JuS 1972, 730 ff.; ders. in Festschr. f. Wolff, S. 164 f.; v. Mutius, VerwArch Bd. 65 (1974), S. 205 zu BVerwG v. 6.7.1973, E 42, 331 ff. = DVBl. 1973, 800 ff. = DöV 1973, 709 ff. = NJW 1973, 1895 ff.; zweifelnd jetzt Erichsen/Martens in Erichsen/Martens, Allg. VerwR, S. 232/233

lung zwischen Privaten feststellt: "Zum öffentlichen Recht gehören ferner die Rechtsbeziehungen zwischen Zivilpersonen, soweit sie den Inhalt einer Verpflichtung betreffen, die durch verwaltungsrechtlichen Vertrag übernommen oder durch öffentliches Recht der einen zugunsten einer anderen auferlegt ist"¹⁰⁷.

Entgegen dieser Inkonsequenz muß auch für den Fall des Vertrages zwischen Privaten die Subjektstheorie maßgeblich sein. Da an einem Rechtsverhältnis zwischen Privaten kein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist, kann nach der Subjektstheorie ein Privater mit einem anderen Privaten kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis eingehen, es sei denn, einer der beiden ist beliehener Unternehmer¹⁰⁸.

An dieser Stelle drängt sich die Frage auf, ob der privatrechtlich organisierte Träger öffentlicher Verwaltung in Bezug auf die Frage der notwendigen Beteiligung im Sinne der Subjektstheorie wie ein Privatmann oder wie ein Träger öffentlicher Verwaltung zu behandeln ist. Dies würde im ersteren Fall den öffentlich-rechtlichen Vertrag als prinzipiell mögliche Handlungsform ausschließen, im zweiten dagegen erhalten.

Vielfach wird vertreten, trotz Benutzung der privatrechtlichen Organisationsform sei wesentlich darauf abzustellen, daß letztlich ein Träger öffentlicher Gewalt handle¹⁰⁹. Daraus zieht zum Beispiel Pestalozza den Schluß, der Staat sei kein "normaler Privatmann"¹¹⁰ und Mallmann hält auch die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte für Verwaltungshandlungen¹¹¹, während Zeidler aus Art. 1 GG die grundsätzliche Bindung der fiskalischen Verwaltung an die Grundrechte schließt¹¹² und warnend feststellt, der

107) Wolff/Bachof I, § 22 II. c); ähnlich dort § 44 V. b); so auch Erichsen/Martens in Erichsen/Martens, Allg. VerwR, S. 234

108) Zur Beurteilung der Rechtslage im Falle einer gesetzlichen Regelung, die trotz Nichtbeteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt der zwischen den Privaten geschlossenen Vereinbarung öffentlich-rechtliche Rechtsnatur beimißt, vgl. Erichsen/Martens, a.a.O., Fn. 107) und die dort in Fn. 30, angeg. Beispiele solcher Regelungen; siehe außerdem unten § 11 dieser Untersuchung, S. 106 ff.

109) Mallmann, VVDStRL Bd. 19 (1961), S. 165 ff.; Zeidler, dass. S. 208 ff.; Metzmacher, Rechtsschutz, S. 118 ff.

110) Pestalozza, JZ 1975, 53

111) Mallmann, a.a.O., Fn. 109), S. 197

112) Zeidler, a.a.O., Fn. 109), S. 230; so auch Metzmacher, a.a.O., Fn. 109), S. 123

privatrechtliche Mantel dürfe nicht zur Kaschierung der öffentlichen Hand führen¹¹³.

In der Tat liegt der Schluß nahe, der Staat sei auch im Privatrechtsgewand als Träger öffentlicher Gewalt im Sinne der Subjektstheorie anzusehen. Daraus könnte man dann schließen, im Gegensatz zur Rechtslage im Falle des Vertragsschlusses zweier echter Privatleute bzw. juristischer Personen des Privatrechts könne der privatrechtlich organisierte Träger öffentlicher Gewalt mit einem "echten Privaten" einen öffentlichrechtlichen Vertrag schließen; der Hoheitsträger bleibe ja trotz der anderen Organisationsform Hoheitsträger.

Diese Sicht geht jedoch am zutreffenden Verständnis der Subjektstheorie vorbei. Mit Anerkennung der Subjektstheorie gibt man prinzipiell soweit wie möglich die Unterscheidung nach materiellen Gesichtspunkten zugunsten einer Unterscheidung nach formellen Gesichtspunkten auf. Dies dient nicht zuletzt der Rechtsklarheit, da auf diese Weise der Versuch unternommen wird, die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht weitgehend von Wertungen frei zu machen. Derartige Wertungen müssen bei Verwendung materieller Unterscheidungskriterien zwangsläufig im Vordergrund stehen. Die Bevorzugung formeller Gesichtspunkte muß auch angestrebt werden, wenn man feststellen will, ob es sich bei dem tätig werdenden Rechtssubjekt überhaupt um einen Träger öffentlicher Gewalt im Sinne der Subjektstheorie handelt. Da es häufig nicht klar erkennbar ist, wer hinter einer privatrechtlichen Organisation steht, muß es somit allein auf das äußere Bild, die rein formelle Betrachtungsweise, ankommen. Formell gesehen handelt es sich bei dem als privatrechtliche Organisation handelnden Staat nicht um einen Hoheitsträger¹¹⁴.

Aus dem Gesagten ergibt sich die Weichenstellung für die Untersuchung der Wahlfreiheit in Bezug auf die Differenzierung in Organisations- und

113) Zeidler, a.a.O., Fn. 109), S. 238

114) Welche materiellrechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen sind - etwa, ob der privatrechtlich organisierte Träger öffentlicher Gewalt bestimmten öffentlichrechtlichen Bindungen unterliegt - , ist in diesem Zusammenhang nicht von Belang.

Handlungsformen:

Der privatrechtlichen Organisation eines Trägers öffentlicher Verwaltung fehlt nicht nur die Möglichkeit, Verwaltungsakte oder schlichte Hoheitsakte zu erlassen. Sie kann ebenfalls mit "echten Privaten" keine öffentlichrechtlichen Verträge abschließen. Da andere öffentlichrechtliche Handlungsformen - etwa der Erlass von Rechtsverordnungen oder verwaltungsin-
terner Vorschriften - für sie nicht in Frage kommen, bleibt als Ergebnis festzustellen, daß dem Staat im Privatrechtsgewand keine Art öffentlichrechtlichen Handelns möglich ist. Das wiederum hat zur Folge, daß schon durch die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform die Möglichkeit eines Handelns in öffentlichrechtlichen Rechtsformen ausgeschlossen wird. Es bedeutet aber außerdem, daß keine privatrechtliche Organisationsform gewählt werden darf, wenn ein Handeln in privatrechtlichen Rechtsformen unzulässig ist. Daraus wiederum ergibt sich, daß es nun vor allem darauf ankommt, etwaige Beschränkungen der Wahl privatrechtlicher Handlungsformen zu erkennen.

2. Teil Beschränkungen der Wahl privatrechtlicher Handlungsformen

§ 6 Beschränkungen der Wahlfreiheit, ausgehend von der herrschenden Meinung

I. Begrenzung durch die "Natur der Sache"¹¹⁵

Gemeint sind hier vor allem die im Unterscheidungssystem schlicht hoheitliche/obrigkeitliche Staatstätigkeiten¹¹⁶ als obrigkeitlich zu bezeichnenden Verwaltungshandlungen. Zu denken ist etwa an die Erfüllung polizeilicher Aufgaben, an die Ernennung und Entlassung von Beamten oder an Tätigkeiten in den Bereichen des Steuer- und Wehrwesens¹¹⁷. Weiterhin kommen in Betracht konkretisierende Tätigkeiten im Rahmen von besonderen Rechtsverhältnissen des öffentlichen Rechts, die schon wegen der unzweifelhaft öffentlichrechtlichen Natur dieser Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht zugehörig und daher einer Wahl verschlossen sind. Als Beispiel sei genannt die Weisung eines übergeordneten Amtsträgers an ihm untergeordnete Amtsträger im Schul- oder Gefangenenvverhältnis¹¹⁸. In allen diesen Fällen gilt "per se" öffentliches Recht. Nur öffentlichrechtliche Rechtsformen dürfen angewendet werden¹¹⁹. Das ausschließlich Staatliche bedarf

115) Vgl. dazu BGH Z 9, 145 ff., 147 unter Verwendung der Formulierung "Eigenart der Aufgabe"; so auch das Bundesverfassungsgericht in BVerfG E 17, 371 ff., 377; auf diese Entscheidung des BVerfG Bezug nehmend der Bundesgerichtshof in BGH Z 60, 54 ff., 59; vgl. außerdem Krüger, DVBl. 1955, 380 ff., 384 und Zeidler, a.a.O., Fn. 109), S. 213

116) Vgl. zu diesem Unterscheidungssystem noch Püttner, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 78 ff.; Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 33/34; anders in der Terminologie Krüger, DVBl. 1955, 384, der von "hoheitlichen Tätigkeiten" spricht, aber - wie der Hinweis auf Befehl und Zwang zeigt - obrigkeitliche Tätigkeiten meint.

117) Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 327; Zeidler, a.a.O., Fn. 115), S. 213

118) Der Begriff "besonderes Gewaltverhältnis", der bis zu der richtungweisenden Entscheidung des BVerfG vom 14.3.1972, BVerfG E 33, 1 ff., als Rechtsbegriff den Ausschluß oder die Einschränkung der Geltung von Grundrechten des Gewaltunterworfenen nach Maßgabe der Zweckbestimmung des jeweiligen "besonderen Gewaltverhältnisses" gestattete, sollte in Zukunft allenfalls als bloße Bezeichnung für diese "verwaltungsrechtlichen Sonderverhältnisse" (Begriff bei Wolff/Bachof I, § 32 IV. c) 3.) verwendet werden; die eingeschränkte Grundrechtsgeltung ist nach der genannten Entscheidung nur auf Grund gesetzlicher Regelung zulässig

119) Vgl. Zeidler, a.a.O., Fn.109), S.213 und Wagner, JZ 1968, 245 ff., 248

der Rechtsform, die speziell dem Staat zugedacht ist. Über-Unterordnungsverhältnisse zwischen Staat und Bürger sind öffentlichrechtlicher Natur. Rechtlich relevante Handlungen, die im Rahmen eines solchen Über-Unterordnungsverhältnisses vorgenommen werden, gehören in den Bereich des öffentlichen Rechts¹²⁰. Dies folgert die herrschende Meinung allein aus der Über-Unterordnung. Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich diese Folgerung unmittelbar aus der Subjektstheorie. An den genannten Über-Unterordnungsverhältnissen ist der Staat notwendig beteiligt. Entscheidendes Merkmal ist somit auch hier nicht die Über-Unterordnung, sondern die notwendige Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt.

Auf einer ähnlichen Linie wie die herrschende Meinung liegt letztlich auch die Ansicht von Schmidt-Salzer¹²¹: Da das Privatrecht auf den Privatmann zugeschnitten sei, müsse jeweils "punktuell" untersucht werden, ob die in Frage kommenden zivilrechtlichen Rechtsinstitute und Normen "von ihrem ordnungspolitischen Gehalt her" auf den Staat angewendet werden können¹²². Auch hier geht es um die "Natur der Sache". Im Unterschied zur oben angegebenen Rechtsprechung und Literatur geht Schmidt-Salzer jedoch nicht von der Natur der staatlichen Tätigkeit aus. Er wählt vielmehr den Gegenpol als Ausgangspunkt, nämlich den typischen Tätigkeitsbereich des Privatmanns. Dabei knüpft er an die vertragstreiheit an¹²³ und untersucht, ob sich der Staat in gleichem Umfang wie ein Zivilrechtssubjekt auf diesen Grundsatz oder auf die mit der Benutzung zivilrechtlicher juristischer Personen verbundene Haftungsbeschränkung berufen kann. Die entscheidende Grundthese Schmidt-Salzers ist die Feststellung, daß Zivilrecht angewandtes Verfassungsrecht sei, "nämlich Konkretisierung der ungeschriebenen hinter den Grundrechtsartikeln stehenden Wertentscheidungen auf den Bereich des zwischenmenschlichen Waren- und Leistungsaustauschver-

120) Vgl. Krüger, DVBl. 1955, 384; vgl. auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Preußischen OVG a.a.O., Fn. 62 ff.; Püttner, Allg. VerwR, S. 66 spricht hier von einem "nur in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen zu befriedigenden Bedürfnis nach hoheitlichen Befugnissen"

121) Schmidt-Salzer, Tätigwerden des Staates in zivilrechtlichen Handlungsformen im Bereich der Daseinsvorsorge und des Beschaffungswesens, WiR 1972, 103 ff.

122) Schmidt-Salzer, WiR 1972, 106 ff., 111 und 112

123) zu "Vertragsfreiheit" und "Privatautonomie" siehe oben § 4, S. 19 ff.

kehrs"¹²⁴. Es geht demnach um die "Einräumung eines Freiheitsraums" durch die Verfassung, "innerhalb dessen den Individuen ... grundsätzlich die Möglichkeit der freien Entfaltung und der eigenverantwortlichen Betätigung (oder Nichtbetätigung) eröffnet sein soll"¹²⁵.

Diese öffentlichrechtliche Zweckbestimmung sei "immanente Grundlage" der zivilrechtlichen Normen des Vertrags- oder Gesellschaftsrechts. Zweck dieser Normen sei also die "Ausführung des Verfassungsauftrags zur Errichtung eines interindividuellen rechtsgeschäftlichen Verkehrs".

Aus dieser Argumentation zieht Schmidt-Salzer den Schluß, daß die Institute und Normen des Zivilrechts nicht wertneutral seien und daß es nicht irrelevant sei, wer sich ihrer bediene bzw. auf wen sie zur Anwendung kämen. "Sie erfüllen ordnungspolitisch bestimmte Aufgaben. Bevor sie zur Anwendung kommen, ist demzufolge stets die Frage zu stellen, ob jene ordnungspolitische Aufgabenstellung gegeben ist".

Die weiteren Schlußfolgerungen Schmidt-Salzers¹²⁶ lassen sich auf einen gemeinsamen Nenner bringen:

Wegen der Staatsgerichtetheit des oben dargestellten Freiheitsrechtes des Bürgers muß es im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses die Regel sein, daß nur dem echten Privatrechtssubjekt das Privatrecht als Rechtsform zur Verfügung steht, nicht aber dem Staat und seinen Organisationen.

Die Ausnahme muß gesondert geprüft und für zulässig befunden werden. Unter welchen Voraussetzungen der "ordnungspolitische Gehalt" eines privatrechtlichen Institutes die Anwendung dieses Institutes zugunsten des Staates rechtfertigt, müßte demnach festgestellt werden. Gerade diese Frage aber ist äußerst schwer zu beantworten. Mit welchen Kriterien der "ordnungspolitische Gehalt" festgelegt und eingegrenzt werden soll, dürfte kaum allgemein gesagt werden können. Letztlich geht es um den typischen Bereich - also das Wesen - des Privatrechtlichen und damit um ein materielles Kriterium. Greifbare Abgrenzungsformeln lassen sich schwerlich finden.

124) Schmidt-Salzer, WiR 1972, 106

125) Hier handelt es sich um den gleichen Gedanken, mit dem die Berufung eines Trägers öffentlicher Gewalt auf die Grundrechte für unzulässig erklärt wird. Die Grundrechte sind staatsgerichtet. Grundrechtsschutz des Staates wäre Schutz des Staates vor sich selbst - vgl. zu dieser Frage Siepermann, Die öffentliche Hand als Grundrechtsträger, DöV 1975, 263 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen

126) Schmidt-Salzer, WiR 1972, 111

Auch eine mehr oder weniger kasuistisch angelegte Eingrenzung dürfte kaum möglich sein. Zum Beispiel sind Verträge schon lange nicht mehr das alleinige Spezifikum des Privatrechts.

Im Gegensatz dazu dokumentieren die obrigkeitlichen Staatstätigkeiten sehr deutlich und häufig zweifelsfrei das Vorliegen eines Über-Unterordnungsverhältnisses. Daher fällt es erheblich leichter, die sich aus der "Natur der Sache" der obrigkeitlichen Tätigkeiten ergebende Verpflichtung zur "Wahl" öffentlichrechtlicher Handlungsformen festzustellen, als aus der privaten Natur eines Tätigkeitsbereichs zu schließen, daß dieser Bereich dem Staat verschlossen ist. Für das ausschließlich Private gibt es kein so klares Kriterium wie es das Obrigkeitliche für das ausschließliche Staatliche darstellt. Obwohl die Feststellung des Obrigkeitlichen ein materieller Abschichtungsprozeß ist, kann hier eine Grenze der Wahlfreiheit in der Regel klar erkannt werden. Eine derartige klare Einordnung ist aus der Sicht des Privatrechts kaum möglich, wenn nicht ein verifizierbares formelles Abgrenzungskriterium zu Hilfe genommen wird.

Ergebnis:

Die Wahlfreiheit des Staates wird zulässigerweise durch die "Natur der Sache" beschränkt, soweit man darunter das typisch Staatliche versteht und nicht umgekehrt vom typisch Privaten ausgeht.

II. Begrenzung durch "Treu und Glauben"

Bejaht man grundsätzlich die Möglichkeit privatrechtlichen Staatshandelns, so stellt sich natürlich auch die Frage nach den dem Privatrecht selbst immanenten Beschränkungen. Vor allem die Generalklauseln des bürgerlichen Rechts sind insofern zu untersuchen. Dabei bietet sich der alles umfassende Grundsatz von Treu und Glauben an. Es fragt sich, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß dieser Grundsatz gerade auf solche privatrechtlichen Rechtsverhältnisse angewandt werden darf oder muß, bei denen mindestens einer der Beteiligten ein Träger öffentlicher Verwaltung ist¹²⁷.

Da es in der vorliegenden Untersuchung um die Begrenzung staatlicher Tätigkeit geht, kann außer acht bleiben, unter welchen Voraussetzungen sich

127) siehe die folgenden Nachweise

der Staat gegenüber dem Bürger auf Treu und Glauben berufen kann. Von Bedeutung ist hier ausschließlich, ob der Bürger vor dem Staat durch Treu und Glauben geschützt ist.

Als anschauliches Beispiel sei eine Frage herausgegriffen, die vor ca. 20 Jahren heftig umstritten war. Es ging darum, ob und gegebenenfalls inwieweit der Grundsatz von Treu und Glauben die Formnichtigkeit eines privatrechtlichen Vertrages zwischen öffentlicher Hand und Bürger verhindert¹²⁸.

Nach Ansicht von Beitzke¹²⁹ kann im Einzelfall die Nichtigkeit mangels Erfüllung einer bürgerlichrechtlichen Formvorschrift durch Treu und Glauben verhindert werden, insbesondere dann, wenn das Rechtsgeschäft schon abgewickelt ist oder eine Partei die andere von der Einhaltung der Formvorschrift abgehalten hat¹³⁰. Diese Formvorschriften seien zum Schutz vor übereilem Geschäftsabschluß gedacht. Sie seien "verzichtbar", weil der Formmangel durch Erfüllung geheilt werden könne¹³¹. Jedoch könne man die Erfordernisse der "gemeinsamen Mitwirkung mehrerer Vertreter", der "Schriftform der Gemeindeordnung"¹³² oder der "Genehmigung der Aufsichtsbehörde" nicht mit den "einfachen Formvorschriften" gleichsetzen¹³³; das öffentliche Interesse verbiete es hier, daß Treu und Glauben entgegengesetzt werden¹³⁴.

128) Vgl. OLG Celle, Städtetag 1955, 365; Beitzke, MDR 1953, 1 ff.; F. Scholz, NJW 1953, 961 ff.; Wild, NJW 1955, 693 ff.; auch Siebert, Festschr. f. Niedermeyer, 1953, S. 215 ff., S. 240 ff.

129) Beitzke, MDR 1953, 1

130) Beitzke, MDR 1953, 1; vgl. auch den ähnlichen Fall BGH Z 48, 396 ff. = NJW 1968, 39 mit krit. Anm. Reinicke. Statt des Staates war ein mächtiges Wirtschaftsunternehmen der Vertragspartner. Ein Unternehmen kann sich nach Ansicht des BGH nicht auf die Formnichtigkeit des Vertrages berufen, wenn es unter Einsatz seines Ansehens und durch den Hinweis, daß es einen privatschriftlichen Vertrag einem notariellen gleich erachte, den Vertragspartner dazu veranlaßt hat, von der Einhaltung der notariellen Form abzusehen. Die Berufung auf die Formnichtigkeit sei eine unzulässige Rechtsausübung. Diese Grundsätze gelten allerdings nur - das betont den Ausnahmecharakter dieser Fallgestaltung -, wenn das Ergebnis für die betroffene Partei nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar ist, vgl. BGH Z 48, 398; NJW 1972, 1189; JZ 1975, 532

131) Beitzke, MDR 1953, 1

132) etwa § 71 Abs. 2 der Hessischen Gemeindeordnung

133) Beitzke, MDR 1953, 1

134) Beitzke, MDR 1953, 3

Dieser Ansicht hält F. Scholz entgegen, da der Grundsatz anerkanntermaßen sogar bei rein öffentlichrechtlichen Verhältnissen gelte, müsse er generell erst recht bei privatrechtlichen Rechtsverhältnissen des Bürgers mit der öffentlichen Hand gelten¹³⁵. Scholz kommt zu dem Ergebnis, daß auch bei fehlender Vertretungsmacht und fehlender Schriftform der Grundsatz von Treu und Glauben die Nichtigkeitsfolgen abwenden könne¹³⁶. Das Vertrauen (des Bürgers) in die Behörden müsse geschützt werden¹³⁷.

Letztlich ist Beweggrund für diese Ansicht das in allen diesen Fällen zumindest potentiell vorhandene Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger. Wegen seiner normalerweise besseren personellen und technischen Ausstattung hat der Staat bessere Erkenntnismöglichkeiten als der Bürger. Es ist ihm daher eher als dem Bürger zuzumuten, eine Art Garantie für die formelle Ordnungsmäßigkeit des Vertragsschlusses zu übernehmen. Daher ist Scholz auch der Meinung, die Gegenansicht müsse zu einer Verantwortlichkeit des gutgläubigen Dritten für Fehler der Verwaltung führen¹³⁸. Deutlicher als die Gegenmeinung dokumentiert er in seiner Begründung die Erkenntnis, daß die auf Grund der zivilrechtlichen Vorschriften normalerweise geltende Risikoverteilung bei den Verträgen, die zwischen Staat und Bürger abgeschlossen werden, nicht einschränkungslos gelten kann.

Trotz dieses Vorzugs geht seine Ansicht im Ergebnis zu weit. Sie eröffnet die Möglichkeit, daß alle zwingenden Formvorschriften, die beim Abschluß von Verträgen zwischen Bürger und Staat einzuhalten sind, unbeachtet bleiben können, ohne daß Grund und Ausmaß der geregelten Rechtsfolge besondere Berücksichtigung fänden. Es kann nicht verleugnet werden - darin ist Beitzke zuzustimmen -, daß beispielsweise die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über das Schriftformerfordernis weniger bedeutend sind als die Befolgung der Vorschriften, die etwa die "gemeinsame Mitwirkung mehrerer Vertreter" vorsehen, denn bei fehlender Mitwirkung werden die Interessen der Vertreter bzw. das unter Umständen vorliegende öffentliche Interesse an der Mitwirkung überhaupt nicht berücksichtigt.

135) F. Scholz, NJW 1953, 961

136) F. Scholz, a.a.O., Fn. 135), S. 962 und 963

137) F. Scholz, a.a.O., Fn. 135), S. 963

138) F. Scholz, NJW 1953, 962

Weil sie versucht, diese zu pauschale Betrachtung zu vermeiden, aber auch wegen ihrer Flexibilität ist eine dritte - vor allem von Siebert und Wild vertretene - Ansicht¹³⁹ vorzuziehen. Sie baut im Wesentlichen auf dem Urteil des Reichsgerichts in RG Z 157, 207 ff. auf: Je mehr eine Formvorschrift private Interessen schützen soll, desto eher und weitgehender kann die durch die Vorschrift ausgesprochene Rechtsfolge (z.B. Nichtigkeit des Vertrages) mit Hilfe des Treu-und-Glauben-Satzes vermieden werden; je mehr die Formvorschrift öffentlichen Interessen dient, desto mehr hat Treu und Glauben zurückzutreten. Die zu pauschale Begünstigung des Bürgers durch die Ansicht von Scholz weicht hier einer erheblich differenzierten Betrachtungsweise.

Man wird somit im Einzelfall untersuchen müssen, ob es Zweck der Regelung ist, dem geregelten Formerfordernis unter allen Umständen zu entsprechen. Nur, wenn dies nicht der Fall ist, verhindert Treu und Glauben die Rechtsfolge der Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit. Zutreffend stellt Wild weiterhin den Unterschied zwischen bloßen Formmängeln und Verstößen gegen Zuständigkeitsregelungen heraus. Bei bloßen Formmängeln soll danach die Berufung auf Treu und Glauben möglich sein, nicht jedoch bei Verstößen gegen Zuständigkeitsregelungen. Das eigentliche Problem liegt nach Wild bei der Frage, was Formmängel und was Verstöße gegen Zuständigkeitsregelungen sind. Seine Ansicht ist insgesamt zutreffend, denn bei einem Zuständigkeitsmangel handelt es sich um einen so gravierenden Fehler, daß eine "Heilung" (gemeint ist eine Nichtbeachtung) dieses Fehlers auch durch Treu-und-Glauben-Argumente nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

Ergebnis:

Durch Treu und Glauben kann im Verhältnis Bürger/Staat die Geltung privatrechtlicher Vorschriften und Rechtsinstitute eingeschränkt sein. Je mehr eine privatrechtliche Vorschrift privaten Interessen dient, desto eher kann ihre für den Privaten nachteilige Rechtsfolge durch Treu und Glauben abgewendet werden. Hierbei handelt es sich nicht um eine Beschränkung der Wahlfreiheit im engeren Sinne, also um eine Beantwortung der Frage, ob überhaupt Privatrechtsformen verwendet werden dürfen. Vielmehr liegt eine Beschränkung der Wahlfreiheit im weiteren Sinne vor. Darunter ist zu verstehen die eingeschränkte Geltung von privatrechtlichen Rechtsnormen und

139) Siebert, in Festschr.f.Niedermeyer, S. 215 ff., S. 240 ff.; Wild, NJW 1955, 643 ff.

Rechtsinstituten unter der Voraussetzung, daß der Staat sich in dem jeweiligen Fall überhaupt der Privatrechtsform bedienen darf.

III. Die Regeln über Monopolmißbrauch und unlauteren Wettbewerb

Als Beschränkungen der öffentlichen Hand im Privatrechtsverkehr und dort naturgemäß im Bereich der erwerbswirtschaftlichen Betätigung werden vielfach die Regeln über den Monopolmißbrauch (§ 826 BGB) und die Bestimmungen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) in die Diskussion gebracht¹⁴⁰. Richtig ist, daß der Staat als Unternehmer grundsätzlich in gleicher Weise und im gleichen Maße den oben genannten Beschränkungen unterliegt wie der private Unternehmer¹⁴¹. Mit dieser Feststellung erschöpft sich die Problematik aber schon weitgehend, jedenfalls insoweit, als es um die abstrakte Durchdringung der anstehenden Fragen geht, denn diese Regeln müssen, um im Wirtschaftsverkehr wirksam zu sein, für jeden Unternehmer gelten, unabhängig davon, ob es sich um den Staat oder um einen Privatmann handelt.

Insofern liegen die Dinge hier anders als bei dem eben dargestellten Bei-

140) Vgl. H.-H. Klein, Teilnahme, S. 241 ff., 245 ff.; Rübner, Formen, S. 367 f. bezügl. des Verbotes des Monopolmißbrauchs; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öfftl. Unternehmen, S. 334 ff. m.w.N.; ders., Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, 1969, S. 10 ff.; ders., Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, insbesondere das Problem der staatlichen Versorgungsmonopole, 1971, S. 59 ff. bezügl. § 1 UWG; Grottrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, S. 133 f., S. 145 f.; Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 27 ff.; - BVerwG E 39, 329 ff., 337 (wirtschaftliche Betätigung durch Gemeinden auf dem Gebiet des Bestattungswesens); BGH, DVBl. 1975, 655 (Zulässigkeit des Verkaufs von Kfz-kennzeichenschildern durch einen Landkreis in den Diensträumen der Zulassungsstelle, - dazu sehr eingehend Rathjen, DVBl. 1975, 649 ff., 651 ff.; zum Rechtsweg OLG Köln, NJW 1974, 802 ff. und dazu Scholz, NJW 1974, 781 f.; BGH Z 67, 81 ff. und dazu Menger, VerwArch. Bd. 68 (1977), S. 293 ff. - beide Entscheidungen befassen sich mit der Klage einer privaten Krankenkasse gegen den Träger einer gesetzlichen Krankenversicherung

141) So Rathjen, DVBl. 1975, 651 - vgl. auch daselbst die Nachw. in Fn. 28; Rathjen plädiert S. 651 ff. jedoch für eine Abwägung der privaten und öffentlichen Interessen im Einzelfall. Ein prinzipiell vorliegender Wettbewerbsverstoß seitens der öfftl. Hand könne im Einzelfall gerechtfertigt sein durch das überwiegende öfftl. Interesse. Diese Abwägung soll ein topos der Subsumtion unter den Begriff "Verstoß gegen die guten Sitten" i.S.d. § 1 UWG sein. - ähnl. auch BGH, DVBl. 1975, 655 ff., allerdings ohne dogmatische Verortung der Interessenabwägung

spiel der Beschränkung durch den Grundsatz von Treu und Glauben. Dort ging es darum, ob in Fällen, in denen bei Privatleuten untereinander normalerweise Treu und Glauben nicht bestimmte Rechtsfolgen ausschließt, dem Staat im Falle seiner Beteiligung gerade wegen seiner Staatseigenschaft Treu und Glauben entgegengesetzt werden kann. Ob ein Unternehmen eine Monopolstellung mißbraucht oder sich eines Wettbewerbsverstoßes schuldig macht, kann und muß grundsätzlich unabhängig von der Staatseigenschaft beurteilt werden. Daß im Einzelfall ausnahmsweise die öffentlichen Interessen einen - isoliert gesehen - zu bejahenden Wettbewerbsverstoß zurücktreten lassen können, soll keineswegs verneint werden¹⁴². Am obigen Grundsatz ändert das jedoch nichts.

IV. System verfassungsrechtlicher Grenznormen

Vor allem als Hilfsmittel zur Beschränkung der privatwirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand erwägt Torz ein System verfassungsrechtlicher Grenznormen¹⁴³. Diese Grenznormen will er dem geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrecht entnehmen¹⁴⁴. Er denkt dabei vor allem an die von der "bisherigen Lehrmeinung" anerkannten Grundsätze der Verfassung¹⁴⁵. Als Beispiele führt er Art. 15, 19 Abs. 2 und 12 GG an¹⁴⁶. Da durch die Beschränkung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand notwendig auch die Verwendung von Rechtsformen des Privatrechts in diesem Bereich beschränkt wird, eignet sich der Ansatz von Torz prinzipiell durchaus auch zur Beschränkung der Formenwahlfreiheit. Es dürfte jedoch selbstverständlich sein, daß der Staat nicht durch unge-

142) Siehe die Erläuterungen in Fn. 141)

143) Torz, Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DöV 1958, 205 ff.

144) Torz, DöV 1958, 209 ff.

145) Torz, DöV 1958, 210; vgl. auch die Ausführungen von Hoffmann-Becking, Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot, in Festschrift f. H.J. Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 445 ff.

146) Torz, DöV 1958, 211; vgl. auch die eingehende Untersuchung über die Grundrechte als topoi zur Beschränkung staatlicher Privatwirtschaftstätigkeit bei Püttner, Die öfftl. Unternehmen, S. 141 ff., S. 155 ff. (zur Zulässigkeit öfftl. Wirtschaftsunternehmen überhaupt), S. 171 ff., S. 174 ff. (zur Beschränkung staatlicher Wirtschaftstätigkeit)

zügelten Erwerb von Anteilen privater Unternehmen entgegen der in Art. 15 GG unmißverständlich zum Ausdruck gekommenen Ansicht des Verfassungs-gesetzgebers eine "de-facto-Sozialisierung" durchzuführen berechtigt ist. Weiterhin ist ebenfalls nicht bestritten, daß die staatliche Wirtschaftstätigkeit den Wesensgehalt-Kern der betroffenen Bürger-Grundrechte, spe-ziell der Berufsfreiheit¹⁴⁷, unangetastet lassen muß. Eine exakte Methode zur Beschränkung der Wahlfreiheit wird sich mit Hilfe verfassungsrechtli-cher Erwägungen kaum finden lassen.

Fraglich ist aber, ob verfassungsrechtliche Erwägungen eine Verpflichtung zur Beschränkung der Wahlfreiheit erkennbar werden lassen, ohne daß damit schon über die Konstruktion dieser Beschränkung etwas ausgesagt sein müßte.

§ 7 Verpflichtung zur Beschränkung der Wahlfreiheit

I. Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Beschränkung der Wahlfreiheit

Da die Verfassung die Frage der Wahlfreiheit im hier relevant werdenden Sinn der Wahl zwischen öffentlichen und privaten Rechtsformen nicht aus-drücklich regelt und speziell den Grundrechten eine Aussage über die Frei-heit der Formenwahl nicht zu entnehmen ist - sieht man von dem später zu erörternden Art. 19 Abs. 4 GG ab - , so stellt sich hier allgemein die Frage, ob im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes das Dogma der Wahl-freiheit nach wie vor Bestand haben kann.

Auf Grund des Sozialstaatsprinzips muß das Handeln der öffentlichen Gewalt einen Zustand der sozialen Gleichheit und Ausgewogenheit anstreben¹⁴⁸.

147) Vgl. Puttner, a.a.O., Fn. 146), S. 177 ff.; dazu auch Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 114 ff.; andererseits aber BVerwG E 39, 329 ff., 336: "Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand" ...; dem kann in dieser Pauschalität nicht zugestimmt werden.

148) Vgl. schon Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Bd. 12 (1954), S. 37 ff., S. 40 f., der die "soziale Gerech-tigkeit" für zweifelsfrei mitangesprochen hält; der soziale Rechts-staat beruhe auf einem System des Ausgleichs und des Gleichgewichts (S. 45). Der Rechtsstaat als Staat materieller Gerechtigkeit müsse

Für die Frage der Wahlfreiheit bedeutet dies, daß die Wahlfreiheit in ihren unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen sozial angemessen sein muß.

Vor Beantwortung der Frage nach der sozialen Angemessenheit der Wahlfreiheit muß man sich die prinzipiellen Auswirkungen der Wahlfreiheit vor allem im Hinblick auf den Rechtsschutz des Bürgers klarmachen. Die Wahlfreiheit erschöpft sich ja keineswegs in der (endgültigen) Entscheidung über die Rechtsnatur der Maßnahme selbst. Mit der Wahl wird vielmehr außerdem das Haftungsregime bestimmt, also die Gruppe der in Betracht kommenden Haftungsnormen. Weiter bestimmt der Hoheitsträger mit seiner Wahl den vom Bürger einzuschlagenden Rechtsweg. Deshalb ist es zutreffend, wenn Burmeister ausführt: "Freie Austauschbarkeit der Handlungsformen ist nach der derzeit üblichen Methode der Rechtswegabgrenzung gleichbedeutend mit freier Verfügbarkeit der Exekutive über die gerichtliche Kontrollzuständigkeit"¹⁴⁹.

Diese freie Austauschbarkeit führt dazu, daß für eine inhaltlich klar fixierte Verwaltungshandlung trotz ihrer inhaltlichen Eindeutigkeit theoretisch beide Rechtswege möglich sind. In den Fällen eindeutiger "Wahl" mag man die freie Austauschbarkeit noch in Kauf nehmen, da der einzuschlagende Rechtsweg klar vorgezeichnet ist. Anders liegen die Dinge aber dann, wenn - was häufig geschieht - die Wahl nicht eindeutig und für den um Rechtsschutz nachsuchenden Bürger nachvollziehbar vorgenommen wurde. Läßt sich aus der Handlung eines Hoheitsträgers nicht mit Sicherheit die gewählte Rechtsnatur herauslesen, so ist die Wahl des "richtigen" Rechtswegs erschwert. Die Gefahr, den "falschen" Rechtsweg einzuschlagen, wird deutlich. Die Wahlfreiheit führt somit zu einem Rechtswegrisiko des Bürgers, dessen mögliche Konsequenzen, vor allem in finanzieller Hinsicht, manchen Bürger vor dem Gang zu den Gerichten abgehalten haben mögen¹⁵⁰.

auch ein Staat sozialer Gerechtigkeit sein (S. 44); so auch Badura, Wirtschaftsverfassung ..., 1971, S. 33; prinzipiell gegen eine Gleichwertigkeit des Sozialstaats- und des Rechtsstaatsprinzips und für einen Vorrang des Rechtsstaatsprinzips Forsthoff, VVDStRL Bd. 12 (1954), S. 8 ff., S. 34 Leitsatz IV.; vgl. zu diesen Differenzen Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S. 53 ff., S. 68 f.; Menzel, DöV 1972, 537 ff., 538 f.

149) Burmeister, DöV 1975, 695 ff., 699

150) Vgl. auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 6 II. 3. c), S. 87, nach dessen Ansicht für den Arbeitslosen die Berufsfreiheit nutzlos

Verweist das Zivilgericht den Rechtsstreit nach § 17 Abs. 3 GVG an das seines Erachtens zuständige Verwaltungsgericht, so hat nach § 281 Abs. 3 ZPO der Kläger die Kosten des zuerst angegangenen Gerichts auch dann zu tragen, wenn er später in der Sache obsiegen sollte; dies gilt entsprechend, wenn vom Verwaltungsgericht an das Zivilgericht verwiesen wird¹⁵¹.

Daß dieses Rechtswegrisiko in höchstem Maße unsozial ist, weil gerade die weniger verdienenden Bürger von ihm besonders betroffen werden, liegt auf der Hand. Wäre die Wahlfreiheit zugunsten einer weitgehenden Formengebundenheit aufgegeben, so stünden bestimmten Verwaltungsmaßnahmen auch bestimmte Rechtsformen zur Seite, was ein Rechtswegrisiko mit den damit verbundenen finanziellen Unwägbarkeiten weitgehend ausschließen würde. Als Schlußfolgerung kann daher festgestellt werden: Dem sozialstaatlichen Element des sozialen Rechtsstaates kommt es näher, wenn die Wahlfreiheit stärker beschränkt wird als bisher.

Fraglich ist nun, wie man aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzips zur Wahlfreiheit Stellung nehmen muß. Als ein wesentliches Merkmal der Rechtsstaatlichkeit im Sinne des Grundgesetzes darf die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG angesehen werden¹⁵².

Nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG steht gegen jede Verletzung von Rechten durch die öffentliche Gewalt der Rechtsweg offen. Auf Grund des Wortlauts der Vorschrift hat es den Anschein, als ob hier nur Rechtsschutz an sich verlangt wird. Demgegenüber haben Rechtsprechung und Literatur Art. 19 Abs. 4 GG einmütig dahingehend ausgelegt, daß durch diese Bestimmung nicht

ist bzw. die Lernfreiheit und die freie Wahl der Ausbildungsstätte nur demjenigen helfen, der finanziell in der Lage ist, die gewünschte Ausbildung zu absolvieren. - Entsprechendes muß auch für den Rechtsschutz gelten. Zu teurerer Rechtsschutz kommt einer Rechtsschutzverweigerung bedenklich nahe. Der Gedanke der Gleichstellung von Reichen und Armen in Bezug auf den gerichtlichen Rechtsschutz ist letztlich auch die Grundlage für die Armenrechts-Entscheidungen des BVerfG gewesen, vgl. BVerfG E 1, 109 ff., 110 f.; 9, 125 ff., 130 f.; 10, 264 ff., 270; 22, 83 ff., 86; 35, 348 ff., 354 ff.; in allen diesen Entscheidungen sieht das BVerfG die vom Armenrecht bezweckte Rechtsschutz-Chancengleichheit als durch das verfassungsrechtliche Sozialstaatsprinzip geboten an.

151) Vgl. zur Geltung der Kostenregelung des § 281 Abs. 3 ZPO im Falle der Verweisung an das Gericht eines anderen Rechtswegs BVerwG E 25, 305; OVG Berlin, NJW 1972, 839 und Thomas/Putzo, Anm. 4.b) zu § 17 GVG - für den Fall der Verweisung vom VG an das Zivilgericht § 155 Abs. 4 und 5 VwGO und dazu Redeker/von Oertzen, RdNr. 11 zu § 155 VwGO

152) Vgl. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, S. 14 mit weiteren Nachweisen in Fn. 417; vgl. auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 6 II. 1.b), S. 82

nur Rechtsschutz an sich, sondern effektiver Rechtsschutz gefordert wird¹⁵³.

Im Gegensatz zur Argumentation in Bezug auf die sozialstaatliche Komponente geht es bei diesem Grundsatz der Effizienz weniger um die finanzielle Risikobelastung des Bürgers. Im Vordergrund stehen hier vielmehr die Zweckmäßigkeit und Praktikabilität des Rechtsschutzes, wobei die Wahrung der Prozeßökonomie zugunsten des Rechtsschutz suchenden Bürgers nicht außer acht gelassen werden darf¹⁵⁴.

Es entspricht nicht mehr dem Zweck eines effektiven und praktikablen Rechtsschutzes, wenn dem Rechtsschutz suchenden Bürger die Last der Wahl des "richtigen" Rechtswegs aufgebürdet wird und dadurch Prozeßverzögerungen eintreten. Die Unsicherheit der Verwaltung bei der Wahl der Rechtsnatur und die häufig festzustellende mangelnde Exaktheit in der Kenntlichmachung dieser Wahl gehen zu Lasten des Bürgers.

Mit sehr scharfer Formulierung sehen Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht den Sinn des Art. 19 Abs. 4 GG unter anderem darin, daß die Verfassung die "Selbstherrlichkeit" der vollziehenden Gewalt im Verhältnis zum Bürger beseitigen sollte¹⁵⁵. Ist es nicht Ausdruck einer gewissen "Selbstherrlichkeit", wenn die Verwaltung befugt ist, dem Bürger den einzuschlagenden Rechtsweg vorzuschreiben und ihr dabei de facto und bis heute vom Gesetzgeber sowie von Rechtsprechung und Literatur weitgehend unangefochten die Möglichkeit gegeben ist, die getroffene Wahl - wenn überhaupt eine Wahl getroffen wurde - so zu verschleiern, daß sich die befaßten Gerichte mehr mit Fragen des Rechtswegs als mit den den Bürger wirklich interessierenden Sachproblemen des jeweiligen Falles befassen müssen¹⁵⁶?

153) Vgl. BVerfG E 24, 367 ff., 401; 35, 263 ff., 274; v. 29.10.1975 - 2 BvR 630/73 - JZ 1976, 23 ff.; BVerwG E 16, 289 ff., 293; 19, 159 ff., 162; Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, RdNr. 12 zu Art. 19 IV GG; D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 16 mit zahlr. Nachw. in Fn. 13

154) Zur Maxime der "Konzentration des Verfahrens" vgl. die grundsätzlichen Ausführungen von Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974, § 24 II., S. 219 ff. - weiterhin ist hier auf § 87 VwGO hinzuweisen, wonach der Rechtsstreit möglichst in einer mündlichen Verhandlung zu erledigen ist

155) BVerfG E 10, 264 ff., 267; BVerwG E 16, 289 ff., 293; v. 4.4.1963, DVBl. 1963, 441 f. = NJW 1963, 1122 = MDR 1963, 782

156) Vgl. die Kritik von Burmeister, DöV 1975, 696, der die "Zahl oder

Man darf daher feststellen, daß Art. 19 Abs. 4 GG die Beschränkung der Wahlfreiheit fordert, soweit dies im Interesse eines lückenlosen, umfassenden¹⁵⁷ und effektiven Rechtsschutzes notwendig ist. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, Art. 19 Abs. 4 GG verlange Rechtsschutz nur gegen öffentlichrechtliche Tätigkeiten¹⁵⁸. Es braucht hier gar nicht auf die Fälle einer zuvor zweifelhaften und später als privatrechtlich erkannten Maßnahme abgestellt zu werden, was in der Tat die Anwendung des Art. 19 Abs. 4 GG unter Umständen problematisch werden ließe. Vielmehr ist auch der Rechtsschutz gegen öffentlichrechtliche und daher nach allen Auffassungen unter Art. 19 Abs. 4 GG fallende Maßnahmen dann nicht mehr effektiv im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG, wenn die öffentlichrechtliche Natur dieser Maßnahmen schwer erkennbar ist und durch irrtümliche Anrufung der Zivilgerichte Verzögerungen des Rechtsschutzes hervorgerufen werden.

Falls man Art. 19 Abs. 4 GG aber entgegen der hier vertretenen Ansicht trotz allem nicht für einschlägig hält, wird man das Erfordernis der Effizienz des Rechtsschutzes schon allein aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip herleiten dürfen, denn nur der effektive Rechtsschutz kann der Durchsetzung der Rechte des Bürgers wirklich nützen.

- besser gesagt - Unzahl der vom BGH und BVerwG wegen Beschreitung des falschen Rechtswegs als unzulässig abgewiesenen Klagen" für einen "jammervollen Beleg für die Verfahrenheit der Entwicklung auf diesem Sektor" hält; siehe auch die Kritik von Burmeister, DöV 1975, 699 an der "faktischen Dispositionsbefugnis der Exekutive über den Rechtsweg"

- 157) Daß Art. 19 Abs. 4 GG einen lückenlosen und umfassenden Rechtsschutz fordert, ist allgemein anerkannt - vgl. die Gnadenakt-Entscheidung des BVerfG v. 23.4.1969, I 25, 352 ff., 365; Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdnr. 9 zu Art. 19 IV GG; Leibholz/Rinck, Rdnr. 7 zu Art. 19 GG; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdnr. 16 zu Art. 19 GG; v. Mangoldt/Flein, Anm. VII., S. 568, zu Art. 19 GG - jeweils mit weiteren Nachweisen
- 158) Daß die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nur gegenüber hoheitlichen (und damit öffentlichrechtlichen) Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gilt, wird vertreten von Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdnr. 24 zu Art. 19 GG; auch von Martens, öffentlich als Rechtsbegriff, S. 84 f., S. 96; vgl. dagegen Dürig, in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdnr. 19 zu Art. 19 IV GG, der im Bereich funktionell öffentlicher Verwaltung in Privatrechtsformen (gemeint ist die unmittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben mit privatrechtlichen Mitteln) die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG "an sich" zum Zuge kommen läßt; ohne eine derartige Einschränkung Hamann/Lenz, Anm. 14 zu Art. 19 GG; noch weitergehend als die vorigen hält D. Lorenz, Der Rechtsschutz ..., S. 83 ff., S. 89 ff., S. 92 sogar die echt fiskalischen Staatstätigkeiten für Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß es den Anforderungen der Prinzipien des Sozial- und Rechtsstaates entsprechen würde, die Wahlfreiheit zu beschränken oder ganz beiseitezuschieben.

Weiterhin ist zu fragen, ob aus rechtssystematischen Gründen die Wahlfreiheit aufgegeben werden sollte.

II. Verwaltungsrechtsweg/Zivilrechtsweg

Will man die Frage beantworten, ob der Rechtsschutz des Bürgers auch in den Fällen klar erkennbarer Rechtsnatur der Verwaltungshandlung durch die Wahlfreiheit beeinträchtigt wird, so ist letztlich entscheidend, ob und gegebenenfalls welche Vorteile der eine Rechtsweg gegenüber dem anderen hat. Da es in der vorliegenden Untersuchung nicht allgemein um die Frage des Formenmißbrauchs geht¹⁵⁹, sondern nur darum, unter welchen Voraussetzungen die Hoheitsträger Privatrecht als Handlungsform verwenden dürfen, ist schon vom Thema her die Frage ausgeklammert, ob statt der privatrechtlichen Handlungsformen solche des öffentlichen Rechts verwendet werden dürfen. Es geht also nur darum, ob statt der öffentlichrechtlichen die privatrechtlichen Handlungsformen zur Verfügung stehen. Vom hier maßgeblichen Untersuchungsgegenstand ausgehend muß daher die im Rahmen des Vergleichs beider Rechtswege zu stellende Frage lauten: Ist der Zivilrechtsweg für den Bürger wirklich ungünstiger als der Verwaltungsrechtsweg?

Da ein in die Einzelheiten gehender Vergleich der zivilprozessualen mit den verwaltungsprozessualen Vorschriften den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde, seien hier einige wesentliche Differenzen beider Rechtswege aufgezeigt¹⁶⁰.

Während im Zivilprozeß grundsätzlich die Partei- oder Verhandlungsmaxime gilt, wird der Verwaltungsprozeß weitgehend von der Untersuchungs- bzw. Amtsermittlungsmaxime beherrscht. Es handelt sich dabei um einen der wesentlichen Unterschiede beider Rechtswege. Zwar ist es auch im Verwal-

159) Dazu allgemein Pestalozza, "Formenmißbrauch" des Staates, 1973

160) Im Übrigen sei verwiesen auf die umfangreiche Untersuchung von Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., 1974

tungsprozeß der Kläger, der mit seinem Klageantrag den Streitgegenstand festlegt. Insofern gilt auch hier die Dispositionsmaxime wie im Zivilprozeß¹⁶¹. Alles weitere muß jedoch vom Gericht in die Wege geleitet werden. Ihm obliegt es, das nötige Tatsachenmaterial zu sammeln und gegebenenfalls die Beteiligten dabei zur Information aufzufordern (vgl. § 86 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz VwGO)¹⁶². Sind im Verwaltungsprozeß die Anträge gestellt, so geht die Initiative für den weiteren Gang des Verfahrens weitgehend auf das Gericht über¹⁶³. Das hat für den Bürger deutlich sichtbare Vorteile. Zumindest in der ersten Instanz benötigt er kaum die Hilfe eines Rechtsbeistands oder Anwalts. In der ersten Instanz des Zivilprozesses ist dies trotz der richterlichen Aufklärungspflicht des § 139 ZPO fast in jedem Fall angebracht, schon um sicherzustellen, daß die richtigen Anträge gestellt werden. Vor allem aber die Auswahl des vorzutragenden Tatsachenstoffs erfordert im Zivilprozeß sehr häufig den erfahrenen Anwalt. Für letzteres ist im Verwaltungsprozeß das Gericht verantwortlich.

Weiterhin ist beachtenswert, daß es im Verwaltungsprozeß auf Grund des Untersuchungsgrundsatzes keine prozessuale Beweispflicht (Beweisfuhrgslast) der Parteien gibt¹⁶⁴, wenn es auch letztlich die Parteien sind, die den Tatsachenstoff herbeischaffen müssen¹⁶⁵. Die Verantwortung für diese

161) Vgl. Redeker/von Oertzen, Rdnr. 4 zu § 86 VwGO; Eyermann/Fröhler, Rdnr. 2 zu § 86 VwGO; Krause, DöV 1970, 695 ff., 701; Grunsky, Grundlagen, § 4 II., S. 24

162) Vgl. zu letzterem Redeker/von Oertzen, Rdnr. 10 zu § 86 VwGO; Grunsky, Grundlagen, § 19 II., S. 137 f.

163) Vgl. Eyermann/Fröhler, Rdnr. 2 zu § 86 VwGO; weiterhin die §§ 56 Abs. 2, 102, 115 VwGO sowie etwa § 173 VwGO in Verbindung mit § 216 ZPO - nach diesen Vorschriften unterfallen wesentliche Teile des Prozeßgangs dem Amtsbetrieb

164) Vgl. BVerwG I. 3, 245 f.; 19, 87 ff., 94; Eyermann/Fröhler, Rdnr. 5 zu § 86 VwGO; Redeker/von Oertzen, Rdnr. 11 zu § 108 VwGO; Grunsky, Grundlagen, § 19., S. 173 ff. mit w. Hinweisen in Fn. 6 ff.; Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 2. Aufl., 1975, S. 252

165) Vgl. Grunsky, Grundlagen, § 19., S. 173; nach Kollhosser, JZ 1973, 8 ff., 11 unter 2.b) ist es in erster Linie Sache der Verfahrensbeeteiligten, den einschlägigen Sachverhalt vorzutragen und die erforderlichen Beweise zu benennen. Nur für die Lücken in diesem Vortrag stelle sich die Frage nach ergänzender richterlicher Tätigkeit von Amts wegen. - Auch diese Feststellung zeigt, daß trotz der in der Praxis bei beiden Rechtswegen weitgehend gleich intensiven Parteilätigkeit im Verfahren der Untersuchungsmaxime die Verantwortung beim Gericht bleibt.

Sachaufklärung liegt aber immer beim Gericht, nicht bei den Parteien.

Es muß jedoch zugegeben werden, daß im Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime nicht rein durchgeführt ist. Der oben schon erwähnte Grundsatz der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) und die Wahrheitspflicht der Parteien (§ 138 ZPO) modifizieren ihn¹⁶⁶. Darüberhinaus kann das Gericht von Amts wegen Augenscheins- und Sachverständigenbeweis erheben, obwohl die formelle Beweislast im Zivilprozeß grundsätzlich bei den Parteien liegt¹⁶⁷.

Ferner sind im Verwaltungsprozeß wegen der Untersuchungsmaxime Versäumnisurteile unzulässig¹⁶⁸. Die streitigen Endurteile können ergehen, ohne daß auch nur einer der Beteiligten anwesend sein müßte (vgl. § 102 Abs. 2 VwGO)¹⁶⁹.

Ganz anders liegen die Dinge im Zivilprozeß. Da wegen der Parteimaxime der Gang der Verhandlung in der Hand der Parteien liegt, ist das Schicksal des Prozesses von den Parteien und deren Mitwirkung abhängig, was eine Anwesenheit der Parteien bzw. deren Prozeßvertreter erforderlich macht. Ohne die notwendige Mitwirkung der Parteien ist der Prozeß nicht zur Entscheidungsreife zu bringen. Deshalb muß hier der durch die mangelnde Mitwirkung einer Partei verursachte Schwebezustand beendet werden können¹⁷⁰. Die insofern vom Verwaltungsstreitverfahren verschiedene Interessenlage des Zivilprozesses verlangt eine sie berücksichtigende Regelung. Diesen Zweck erfüllt die Zivilprozeßordnung mit der Möglichkeit des Erlasses von Versäumnisurteilen gegen die säumige Partei.

Der Kläger des Verwaltungsprozesses ist daher dem Kläger des Zivilprozesses insofern im Vorteil, als er auch ohne sein persönliches Erscheinen ein die Sachlage des zu entscheidenden Falles voll berücksichtigendes "normales" Endurteil erlangen kann. Im Gegensatz dazu muß der Kläger des Zivilprozesses allein wegen seines Ausbleibens in der mündlichen Verhand-

166) Vgl. zu beiden Einschränkungen Krause, DöV 1970, 701; vgl. zu § 139 ZPO außerdem Grunsky, Grundlagen, § 19 IV., S. 178 und Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 26 I., S. 105

167) Vgl. Krause, DöV 1970, 701

168) Vgl. Eyermann/Fröhler, Rdnr. 3 zu § 86 VwGO und Rdnr. 8 zu § 107 VwGO; Redeker/von Oertzen, Rdnr. 8 zu § 102 VwGO

169) Vgl. Redecker/von Oertzen, Rdnr. 8 zu § 102 VwGO

170) Vgl. Grunsky, Grundlagen, § 21 I., S. 190 f.

lung den Erlaß eines klageabweisenden Versäumnisurteils im Sinne des § 330 ZPO befürchten.

Wenn einige Autoren ohne Eingehen auf die oben skizzierten Unterschiede zwischen den Rechtswegen feststellen, der Rechtsschutz sei im wesentlichen gleichwertig¹⁷¹, so kann dem nicht ohne weiteres gefolgt werden. Man wird vielmehr - wenn auch mit aller gebotenen Vorsicht - sagen können, daß der Untersuchungsgrundsatz einen großen Vorteil für den Rechtsschutz suchenden Bürger darstellt. Wird durch die Wahl der Privatrechtsform seitens der handelnden Verwaltung dieser Vorteil genommen, so müssen dafür schwerwiegende Gründe angeführt werden können. Daher erscheint es auch unter Beachtung der oben dargestellten rechtssystematischen Unterschiede von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg erstrebenswert, die Freiheit der Formenwahl einzuschränken.

III. Haftungsfolgen des privatrechtlichen/öffentlichrechtlichen Verwaltungshandelns

1. Im Bereich vertraglicher Haftung

Im Bereich der vertraglichen Haftung ergeben sich keine Unterschiede der Rechtsfolgen des privatrechtlichen und des öffentlichrechtlichen Verwaltungshandelns, da die wesentlichen Haftungsprinzipien der zivilrechtlichen Vertragshaftung auch in den Fällen der Verwendung öffentlichrechtlicher Verträge gelten. Das war schon früher anerkannt¹⁷², ist aber jetzt

171) Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 13, allerdings mit Beschränkung auf "bestimmte Bereiche der leistenden Verwaltung"; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 97; Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 109 - so auch ohne nähere Begründung OVG Lüneburg, Urteil vom 26.8.1976, NJW 1977, 450 f.; die dort angegebenen Urteile des BGH in NJW 1976, 709 und 710 betreffen lediglich die (materiellrechtliche) Geltung der §§ 138 Abs. 1 BGB, 26 Abs. 2 GWB bzw. des Art. 3 Abs. 1 GG im Bereich des privatrechtlichen Verwaltungshandelns

172) Vgl. Erichsen/Martens in Erichsen/Martens, Allg. VerwR., S. 250 ff.; Wolff/Bachof I, §§ 44 III.

gesetzlich fixiert durch § 62 Satz 2 des (Bundes-)Verwaltungsverfahrensgesetzes¹⁷³. Danach gelten ergänzend die Regeln des bürgerlichen Gesetzbuches, soweit sich aus den §§ 54 bis 61 VwVfG nichts Abweichendes ergibt und auch die übrigen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht entgegenstehen¹⁷⁴.

2. Im Bereich delektischer Haftung - Wahlfreiheit und geltendes Staatshaftungsrecht

Da das geltende Staatshaftungsrecht in nicht allzu ferner Zukunft durch ein neues Staatshaftungsrecht¹⁷⁵ ersetzt werden wird, seien hier nur einige wesentliche Konsequenzen des Festhaltens an der Wahlfreiheit genannt.

Handelt ein Beamter im staatsrechtlichen Sinn öffentlichrechtlich, d.h. unter Verwendung schlicht hoheitlicher oder obrigkeitlicher Handlungsformen, so haftet der Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht; es gilt hier die sog. "Anstellungstheorie"¹⁷⁶. Anspruchsgrundlage ist § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG. Eine Eigenhaftung des Beamten scheidet insofern aus¹⁷⁷. Eine Exkulpationsmöglichkeit besteht nicht¹⁷⁸. Dem Bürger steht mit dem Staat ein immer zahlungskräftiger Schuldner gegenüber.

173) vom 25. Mai 1976, BGBl. I S. 1253 ff.; vgl. auch die im Wortlaut identischen entsprechenden Regelungen der nach dem Muster des (Bundes-)Verwaltungsverfahrensgesetzes erlassenen Länderverwaltungsverfahrensgesetze

174) Vgl. § 62 Satz 1 VwVfG

175) Siehe dazu unten unter III. 3., S. 56 ff.

176) Vgl. BGH Z 61, 7 ff., 14; im Gegensatz dazu steht die "Funktions-theorie", wonach es entscheidend darauf ankommt, wessen Aufgaben der Amtsträger im einzelnen wahrgenommen hat - vgl. Palandt-Thomas, Anm. 2.B zu § 839 BGB; vgl. zu allem Rüfner in Erichsen/Martens, Allg. Verw.R., S. 402 ff.

177) auch eine Eigenhaftung nach §§ 823, 826 BGB scheidet aus, da § 839 BGB Spezialregelung ist - vgl. Palandt-Thomas, Anm. 1) zu § 839 BGB; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 392 mit weiteren Nachweisen; Wolff/Bachof I, § 64 I.b) 1.

178) Das ergibt sich bereits aus den Angaben in der vorhergehenden Fußnote; vgl. aber auch das Schaubild bei Wolff/Bachof I § 63 III. unter "hoheitliche Tätigkeit eines Amtswalters ieS"

Handelt der Beamte dagegen privatrechtlich, so tritt unter den Voraussetzungen des § 839 BGB eine Eigenhaftung des Beamten ein. Eine Übernahme dieser Haftung durch den Staat findet nicht statt, da privatrechtliches Handeln eines Amtswalters nach weit überwiegender Auffassung nicht "in Ausübung eines öffentlichen Amtes" im Sinne des Art. 34 GG erfolgt¹⁷⁹. Dies gilt nach herrschender Auffassung auch für die Bereiche der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben mit Mitteln des privaten Rechts, also im Rahmen des allgemein sog. Verwaltungsprivatrechts¹⁸⁰. Eine Staatshaftung ist in allen diesen Fällen nur denkbar unter den Voraussetzungen der §§ 31, 89, 823 ff. BGB oder der §§ 831, 823 ff. BGB¹⁸¹, wobei die §§ 831, 823 ff. die mindestens objektiv tatbestandsmäßige Verletzung einer der in §§ 823 ff. BGB geregelten Tatbestände erfordern¹⁸². Sind die Voraussetzungen des § 839 BGB gegeben, nicht aber die der §§ 831, 823 ff. BGB bzw. der §§ 31, 89, 823 ff. BGB und ist der Beamte mittellos, so geht der Geschädigte leer aus¹⁸³.

Ist dagegen der objektive Tatbestand eines der §§ 823 ff. BGB erfüllt, so wird die Haftung nach § 831, 823 ff. BGB regelmäßig in der Exkulpation im Sinne des § 831 BGB seitens der Anstellungskorperschaft scheitern. Handelt es sich in diesem Fall außerdem nicht um einen "verfassungsmäßig berufenen Vertreter" im Sinne des § 31 BGB, so tritt auch die Haftung nach den §§ 31, 89, 823 ff. BGB nicht ein. Auch dann geht der Geschädigte leer aus,

179) Vgl. BGB Z 34, 99 ff., 104; Palandt-Thomas, Anm. 2) c) zu § 839 BGB; Dagoglou, in Bonner Kommentar, Rdnr. 44 und Rdnr. 85 ff. zu Art. 34 GG; Wolff/Bachof I, § 64 II. c) 2. und § 65 I. a); Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 406 ff., 408, 410, 411; vgl. auch Rufner, in Erichsen/Martens, Allg.Verw.R., S. 401, S. 414 f.

180) Vgl. die vorigen, speziell aber die sehr klaren Darstellungen bei Wolff/Bachof, a.a.O., Fn. 179); a.A. Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdnr. 17 zu Art. 34 GG, - allerdings unter unzutreffender Berufung auf v. Mangoldt/Klein, S. 832; Hamann/Lenz, Anm. B.3. zu Art. 34 GG

181) Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 402 f.

182) Vgl. Palandt/Thomas, Anm. 5) zu § 831 BGB, wonach die Schadenszufügung dann widerrechtlich ist, wenn der objektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt

183) Vgl. auch Nedden, DVBl. 1974, 253 f., der von den parlamentarischen Beratungen zum jetzt gültigen § 10 Abs. 1 des Niedersächsischen Straßengesetzes berichtet. Nach der genannten Regelung wird die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen als hoheitliche Aufgabe geregelt. Bei den Beratungen wurde unter anderem ausgeführt, die Vorschrift wahre im Übrigen die Interessen der Geschädigten, weil diese in jedem Fall das Land oder die sonst verantwortliche öffentlich-rechtliche Körperschaft in Anspruch nehmen können.

wenn der Beamte nicht zahlungsfähig ist. Im Gegensatz zum öffentlichrechtlichen Handeln bedeutet das privatrechtliche Handeln eines Beamten im staatsrechtlichen Sinne für den Bürger die verstärkte Gefahr, seinen durch dieses Handeln eventuell hervorgerufenen Schaden nicht ersetzt zu bekommen. Das öffentlichrechtliche Handeln des Beamten ist insofern günstiger für den Bürger.

Sogar noch um Nuancen ungünstiger geht der Vergleich der Haftungsfolgen für den von öffentlichrechtlichem Handeln betroffenen Bürger dann aus, wenn es sich bei dem handelnden Amtsträger nicht um einen Beamten im staatsrechtlichen Sinn handelt, sondern um einen mit Hoheitsaufgaben betrauten Angestellten des öffentlichen Dienstes, also um einen Beamten im haftungsrechtlichen Sinn¹⁸⁴.

Handelt der nichtbeamtete Amtswalter öffentlichrechtlich, so greift - wie im Falle des Beamten im staatsrechtlichen Sinne - die Staatshaftung des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG durch¹⁸⁵. Eine Eigenhaftung kommt beim Beamten im haftungsrechtlichen Sinn nur nach den §§ 823 ff. BGB in Frage, denn § 839 BGB gilt nur für den Beamten im staatsrechtlichen Sinn¹⁸⁶.

Handelt der nichtbeamtete Bedienstete privatrechtlich, so haftet er nur nach den §§ 823 ff. BGB¹⁸⁷, während der Staat wie im Falle des Beamten im staatsrechtlichen Sinne nach den §§ 31, 89, 823 ff. BGB bzw. §§ 831, 823 ff. BGB haftet¹⁸⁸. Für den Bürger ist die privatrechtliche Eigenhaftung des Bediensteten ungünstiger als beim Handeln des Beamten im staatsrechtlichen

184) Vgl. zur begrifflichen Unterscheidung Beamter im haftungsrechtlichen Sinn (dieser Begriff liegt Art. 34 GG zugrunde)/Beamter im staats- oder beamtenrechtlichen Sinn (dieser Begriff liegt § 839 BGB zugrunde): Palandt-Thomas, Anm. 3) zu § 839 BGB; Dagtoglou in Bonner Kommentar, Rdnr. 78 zu Art. 34 GG

185) Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 391; Wolff/Bachof I, § 64 II.b)

186) Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 391; a.A. Palandt-Thomas, Anm. 3) b) zu § 839 BGB; Wolff/Bachof I, § 64 I.b) 2., die bei hoheitlichem Handeln auch die Eigenhaftung des nichtbeamteten Amtswalters auf § 839 BGB stützen

187) Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 410 und 414; für den Fall des privatrechtlichen Handelns a.A. Wolff/Bachof I, § 64 I.b) 1. und 2. sowie § 65 I.a), die auch hier die Haftung allein auf § 839 BGB stützen

188) Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 402 f. und oben

Sinn, da nicht jeder Vermögensschaden - anders als bei § 839 BGB¹⁸⁹ - ersetzt wird und außerdem weniger Verletzungsmöglichkeiten im allgemeinen Recht der unerlaubten Handlung gegeben sind. Das letztere ergibt sich aus der Tatsache, daß die Verletzung eines Rechtsgutes der §§ 823 ff. BGB per se die Verletzung einer Amtspflicht darstellt¹⁹⁰, aber § 839 BGB darüberhinaus verlangt, daß die Amtspflicht einem Dritten gegenüber besteht.

Unabhängig davon, ob ein Beamter im staatsrechtlichen Sinn oder ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinn gehandelt hat, ist die Amtshaftung (weitgehend) günstiger für den Bürger als die Fiskalhaftung¹⁹¹. Das ist für die vorliegende Untersuchung von besonderer Relevanz, da die Grenzen zwischen Amtshaftung und Fiskalhaftung exakt auf der Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht verläuft¹⁹². Gerade im Bereich der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben kann der Staat "durch einen bloßen Wechsel der Rechtsform seine Verantwortung als Hoheitsträger modifizieren"¹⁹³, wenn man die Wahlfreiheit nach wie vor für richtig hält.

Auch aus diesem Vergleich der Haftungsfolgen von privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Staatshandeln muß der Schluß gezogen werden, daß die Wahlfreiheit beschränkt bzw. aufgehoben werden muß.

3. Wahlfreiheit und künftiges Staatshaftungsrecht

Geht man jedoch weiterhin von der Wahlfreiheit aus, so ergeben sich auch bei Inkrafttreten des geplanten Staatshaftungsrechts¹⁹⁴ schwerwiegende

189) Vgl. Wolff/Bachof I, § 64 I.b) 1.

190) Vgl. Palandt-Thomas, Anm. 4) d) zu § 839 BGB; Bender, a.a.O., Fn. 188) Rdnr. 392; Jahn, DöV 1965, 267 m.w.N. in Fn. 50

191) Mit dieser Tendenz auch Jahn, DöV 1965, 265 ff. und Münzel, NJW 1966, 1341 ff.

192) So schon Wagner, JZ 1968, 245

193) Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 408, nach dessen Ansicht der Staat das "tunlichst" nicht können sollte

194) Vgl. den Entwurf der Bundesregierung für ein Staatshaftungsgesetz - StHG - vom 5.9.1978, Drucks.d.Dt.BTages 8/2079, und den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 5.9.1978, Drucks.d.Dt.BTages 8/2080; weiterhin den Reformentwurf einer Staatshaftungsrechtskommission "Reform des Staatshaftungsrechts", Oktober 1973, im folgenden Reformentwurf 1973 genannt, dazu Bender, VersR 1974, 1 ff.;

Probleme, die nur durch ein Überbordwerfen der Wahlfreiheit beseitigt werden können.

Auch im neuen Staatshaftungsrecht richtet sich die Haftung des Staates im Privatrechtsverkehr nach Privatrecht¹⁹⁵. Ausdrücklich regelt § 17 Abs. 2 Nr. 1 bis 6 des Regierungsentwurfs zu einem Staatshaftungsgesetz - StHG - die privatrechtliche Haftung bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht für Grundstücke, Gewässer, Bauwerke und sonstige Anlagen, bei der Teilnahme am Land-, Wasser- und Luftverkehr, auch als Halter von Land-, Wasser- und Luftfahrzeugen, bei Beförderung von Personen und Gütern durch Verkehrsbetriebe einschließlich der Bundesbahn und der Bundespost, bei der ärztlichen und zahnärztlichen Behandlung ..., bei der Versorgung mit Wasser und Energie sowie bei der Beseitigung von Abwasser und Abfall.

Ausgenommen von der privatrechtlichen Haftung hat man die Verkehrssicherungspflicht für öffentliche Straßen und Wasserstraßen. Sie "gilt" nach § 17 Abs. 3 des Regierungsentwurfs StHG als eine Pflicht des öffentlichen Rechts.

Auch in den von § 17 Abs. 2 des Regierungsentwurfs StHG genannten Fällen hängt der vom Bürger bei Vorgehen gegen eine Handlung bzw. bei Klage auf ein erstrebtes Tätigwerden einzuschlagende Rechtsweg von der nach wie vor möglichen Wahl der Handlungsform ab. Nur die Haftung ist in den genannten Bereichen zwingend dem Privatrecht unterstellt worden, nicht aber die unmittelbare gerichtliche Kontrolle der jeweiligen Handlungen.

In allen anderen - im Regierungsentwurf nicht genannten - Fällen der unmittelbaren Verfolgung öffentlicher Zwecke durch Träger öffentlicher Gewalt, etwa im Subventionswesen, bleibt dem Gewaltträger nicht nur die Möglichkeit erhalten, privatrechtlich oder öffentlichrechtlich zu handeln¹⁹⁶,

ders., Staatshaftungsrecht, Rdnr. 307 ff.; Haueisen, DöV 1974, 454 ff.; Papier, DVBl. 1974, 573 ff.; Alfred Schäfer, SKV 1974, 3ff.; siehe auch Nedden, DVBl. 1974, 253 ff., 260 ff. und Dagtoglou, VerwArch Bd. 65 (1974), S. 345 ff.; vgl. außerdem die Referentenentwürfe "Reform des Staatshaftungsrechts", Sept. 1976, im folgenden Reformentwurf 1976 genannt.

195) Vgl. §§ 1 Abs. 1, 17 Abs. 1 des Regierungsentwurfs StHG sowie die Begründung in Drucks. d.Dt.BTages 8/2079, S. 27, 35, 58 ff. sowie S. 48, 56 f. und 116 ff. des Kommissionsberichts zum Reformentwurf 1973, außerdem die Begründung zum Reformentwurf 1976, S. 20, 72 und 122

196) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf StHG, a.a.O., Fn. 194), S. 58;

er kann durch die Wahl der Privatrechtsform auch das öffentlichrechtliche Haftungsregime zugunsten des privatrechtlichen ausschließen und somit die im geplanten Staatshaftungsgesetz vorgesehene reine Unrechtshaftung¹⁹⁷ leicht umgehen. Er wird hier regelrecht dazu ermuntert, seine Haftung auf die Fälle verschuldeten Unrechts zu beschränken, indem er - falls nicht per se durch die Art der Aufgabe ausgeschlossen (z.B. bei polizeilichen Aufgaben) - privatrechtliche Mittel zur Erfüllung der Aufgaben wählt¹⁹⁸. Wählt der Amtswalter die privatrechtliche Handlungsform, so steht dem Staat bisher auch noch die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB offen¹⁹⁹, so daß der geschädigte Bürger sich nur an den Amtswalter selbst halten kann, es sei denn, die Voraussetzungen der §§ 31, 89, 823 ff. BGB liegen vor. Dieses Problem wird allerdings mit Inkrafttreten des Regierungsentwurfs StHG entfallen. Nach § 17 Abs. 4 des geplanten StHG findet § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB in den Fällen privatrechtlicher Staatshaftung keine Anwendung, so daß dann generell eine Exkulpationsmöglichkeit entfällt.

In den genannten, vom Entwurf dem privatrechtlichen Haftungsregime unterstellten Fällen (z.B. Wasserversorgung, Heilbehandlung, Personenbeförderung), soll auch dann die Haftung nach privatrechtlichen Grundsätzen erfolgen, wenn der Schaden durch rechtswidrige Ausübung öffentlichen Gewalt verursacht wurde (§ 17 Abs. 2 des Regierungsentwurfs StHG).

Begründung zum Reformentwurf 1973, S. 121 und dazu Bender, VersR 1974, 9; Begründung zum Reformentwurf 1976, S. 72/73

197) Vgl. Art. 34 Abs. 1 GG in der Fassung des Regierungsentwurfs, Drucks. d.Dt.BTages 8/2080, S. 5, sowie § 1 Abs. 1 des Regierungsentwurfs StHG, Drucks. d.Dt.BTages 8/2079, S. 17/18, 25/26

198) Die Regelung des § 17 des geplanten StHG selbst verdient Kritik, weil in für den Bürger lebenswichtigen Tätigkeitsbereichen der Verwaltung (z.B. in der Energieversorgung) die für ihn ungleich günstigere Unrechtshaftung zugunsten der zivilrechtlichen Verschuldenshaftung ausgeschlossen wird; zweifelnd auch Papier, DVBl. 1974, 574, zu § 17 Reformentwurf 1973; er weist auf die Fragwürdigkeit der unterschiedlichen Behandlung von öffentlichem und privatem Recht hin, soweit man nicht auf die rechtliche, sondern auf die faktische Überlegenheit des Gewaltträgers abstelle. Diese faktische Überlegenheit trete in aller Regel auch dort auf, wo der Staat in den Formen des Privatrechts handle. - demgegenüber insofern wie der Entwurf Hauelsen, DöV 1974, 455

199) Vgl. auch die wegen der im Reformentwurf 1973 noch nicht beseitigten Exkulpationsmöglichkeit gegen § 17 Reformentwurf StHG 1973 vorgebrachten Argumente von Papier, DVBl. 1974, 578

Zwar werden hier einige Auswirkungen der Wahlfreiheit beseitigt. Vor allem ist damit klar geregelt, daß in jedem zu den im Entwurf genannten Bereichen gehörenden Haftungsfall der Zivilrechtsweg gegeben ist. Diese Gesetzgebung ist jedoch trotzdem sehr angreifbar. Man versucht, die Symptome der Wahlfreiheit zu kurieren, ohne den grundlegenden Fehler, nämlich die Wahlfreiheit selbst, zu beseitigen. Es handelt sich um einen dogmatisch sehr zweifelhaften Schritt, die Rechtsnatur des Haftungsregimes von der Rechtsnatur des staatlichen Verhaltens zu trennen. Systematisch sauberer ist es, das Grundübel selbst zu beseitigen. Wird schon die freie Wahl des Verhaltensregimes unmöglich gemacht, so braucht ein Kunstgriff wie die Abkoppelung des Haftungsregimes nicht vorgenommen zu werden, um den Rechtsweg und das Haftungsregime deutlich werden zu lassen. Abgesehen davon führt die Neuregelung dazu, daß in den vom Gesetz genannten Bereichen im Falle des öffentlichrechtlichen Tätigwerdens die Klage gegen bzw. auf ein Tätigwerden vor dem Verwaltungsgericht erhoben werden muß, während die Schadensersatzklage vom Zivilgericht zu entscheiden ist. Somit wird auch weiterhin die Möglichkeit gegeben, die Prüfung des Staatsverhaltens von der Prüfung der Haftungsfolgen zu trennen. Der Bürger muß somit unter Umständen auch weiterhin zwei verschiedene Rechtswege beschreiten, um vollständigen Rechtsschutz zu bekommen.

Auch bei Geltung des geplanten Staatshaftungsrechts sollte daher die Wahlfreiheit beseitigt werden.

IV. Wahlfreiheit und Verwaltungsverfahrensgesetze

Gemäß dem Muster des (Bundes-)Verwaltungsverfahrensgesetzes - VwVfG - vom 25.5.1976 (BGBl. I S. 1253 ff.), geändert durch Gesetz vom 2.7.1976 (BGBl. I S. 1749) haben fast alle Bundesländer im Wortlaut identische Verwaltungsverfahrensgesetze erlassen bzw. auf das Bundes-VwVfG verwiesen²⁰⁰. Nach § 1 Abs. 1 dieser Gesetze gelten ihre Bestimmungen für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit. Die in den Formen des Privat-

200) Vgl. etwa HessVwVfG vom 1.12.1976, GVBl. I S. 454 ff.; BayVwVfG vom 23.12.1976, GVBl. S. 145 ff.; BremVwVfG vom 15.11.1976, Brem.GBl. S. 243; VwVfG.NW vom 21.12.1976, GV.NW. S. 438; Saarl. VwVfG vom 15.12.1976, Amtsbl. S. 1151; LVwVfG Rh.-Pf. vom 23.12.1976, GVBl. S. 308; Nds.VwVfG vom 3.12.1976, Nieders.GVBl. S. 311

rechts erfolgende Verwaltungstätigkeit wird nicht erfaßt²⁰¹.

Es kann nicht angehen, daß die Behörde mittels Wahl privatrechtlicher Rechtsformen das gesamte Regelungswerk des jeweiligen Verwaltungsverfah-
rensgesetzes seiner Geltung berauben darf und damit die Bindung an das
Gesetz ausgeschaltet wird. Sicher wäre es sinnvoll gewesen, wenn der pri-
vatrechtliche Tätigkeitsbereich des Staates ebenfalls geregelt worden
wäre²⁰². Eine Bindung an die Verwaltungsverfah-
rensgesetze und damit eine
größere Transparenz der Verwaltungstätigkeit bis hin zur Verwaltungsent-
scheidung kann aber auch dann erreicht werden, wenn die Bereiche privat-
rechtlichen Staatshandels eng umrissen werden, d.h. der Staat in der Re-
gel die Rechtsformen des öffentlichen Rechts benutzen muß. Somit fordert
die Geltung der Verwaltungsverfah-
rensgesetze - sollen diese nicht will-
kürlich zur Seite geschoben werden können - eine Einschränkung oder Be-
seitigung der Wahlfreiheit. Nur so ist es möglich, den gesetzgeberischen
Zielen, die mit den Verwaltungsverfah-
rensgesetzen angestrebt werden,
Rechnung zu tragen. Eine dezidierte Regelung der Verwaltungstätigkeit
nützt wenig, wenn sie mit einem einzigen Organisationsakt beseitigt wer-
den kann.

Ergebnis:

Die vorangegangenen Überlegungen haben gezeigt, daß die Wahlfreiheit be-
schränkt werden muß. Freilich ist damit noch nichts über die Art und Weise
der Beschränkung gesagt.

3. Bisherige Versuche einer umfassenden Beschränkung der Wahlfreiheit

1. Die auf den materiellen Unterschieden zwischen öffentlichem und priva-
tem Recht aufbauenden Lösungsversuche

1. Staatsaufgaben und Subsidiaritätsprinzip

Als Möglichkeit zur Lösung des Problems ist eine Zuordnung öffentlichrecht-
licher Handlungsformen zu bestimmten Aufgaben zu erwägen. Man müßte im kon-

201) Maurer, JuS 1976, 495; kritisch dazu schon Bullinger, Gedächtnis-
schrift f. Peters, 1967, S. 682 f.

202) Bullinger, a.a.O., Fn. 201)

kret zu entscheidenden Fall genau genommen zwei Fragen beantworten, erstens, ob es sich bei der zu erfüllenden Aufgabe um eine solche handelt, die zur Erfüllung notwendig einem Träger öffentlicher Gewalt zugewiesen ist, mit anderen Worten, ob es sich um eine notwendig staatliche Aufgabe handelt. Dabei sei betont, daß das Adjektiv "notwendig" nicht eine Unterscheidung in notwendige und nicht notwendige staatliche Aufgaben bedeutet²⁰³, denn welche Rechtsformen dann diesen nicht notwendigen, aber gleichwohl staatlichen Aufgaben entsprechen sollen, ließe sich auch dann vorerst kaum beantworten. Hier soll vielmehr das Adjektiv "notwendig" nur den Begriff der Staatsaufgabe verstärken, so daß es im Rahmen der ersten Frage nur darum geht, ob eine Aufgabe eine Staatsaufgabe ist oder nicht.

Hat man festgestellt, daß es sich um eine Staatsaufgabe handelt, so ist zu ermitteln, ob diese Aufgabe nur oder auch mit den Mitteln des öffentlichen Rechts erfüllt werden kann. Anders formuliert: Verlangt eine staatliche Aufgabe nach den Rechtsformen des öffentlichen Rechts oder kann sie auch mit privatrechtlichen Mitteln erfüllt werden?

Welche Aufgaben Staatsaufgaben sind, war seit jeher umstritten²⁰⁴. Nach heute wohl überwiegender Auffassung sind Staatsaufgaben diejenigen Aufgaben, deren Erfüllung der Staat zulässigerweise übernommen hat²⁰⁵. Dem-

203) Vgl. aber Ossenbühl, DVBl. 1974, 541 ff., 542, der den Begriff "notwendige staatliche Aufgaben" auf die per se dem öffentlichen Recht zugewiesenen Tätigkeitsbereiche wie z.B. Militär-, Polizei- oder staatliches Schulwesen beschränken will, obwohl er später (S. 542) den Betrieb von Flughäfen schlicht als staatliche Aufgabe bezeichnet.

204) Vgl. allg. zu den staatlichen Aufgaben Peters, Öffentliche Aufgaben und staatliche Aufgaben, in Festschr. f. Nipperdey zum 70. Geb., Bd. II, 1965, S. 877 ff.; H.H.Klein, DöV 1965, 755 ff.; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., 1977; ders., Wandel und Wachsen der Verwaltungsaufgaben, in Becker/Thieme, Handbuch der Verwaltung, 1974, Heft 2.1, S. 4 und passim - jeweils mit weiteren Nachweisen.

205) Vgl. BVerfG E 12, 205 ff., 243 ("Fernsehurteil"); 30, 292 ff., 311/312 (Sicherstellung der Energieversorgung ist eine "öffentliche, ja ... eine im engeren Sinne staatliche Aufgabe"); Ossenbühl, VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 153 m.zahlr.w.N. in Anm. 76; ders., DVBl. 1974, 542; ders., DöV 1971, 516 f., unter zutreffender Hervorhebung der Tatsache, daß das Problem der juristischen Erfassung der Daseinsvorsorge in den Rahmen der Abschichtung staatliche Aufgaben/öffentliche Aufgaben fällt; vgl. auch Bull, a.a.O., Fn. 204), S. 44 - grundsätzlich a.A. H.H.Klein, a.a.O., Fn. 204), S. 757 ff.: Er geht von Art. 30 GG aus, der die staatlichen Aufgaben zwischen Bund und Ländern verteile. Öffentliche Aufgaben werden nach Klein von der Gesellschaft erfüllt, auch wenn der Staat ihnen seine Aufmerksamkeit zuwende

gegenüber geht Peters eher vom Unterschied zwischen öffentlichen und staatlichen Aufgaben aus²⁰⁶. Die Merkmale der öffentlichen Aufgabe versucht er materiell zu bestimmen, indem er sie als Aufgabe definiert, "an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert ist"²⁰⁷. Ohne besonders auf die Zulässigkeit der Übernahme einer Aufgabe durch den Staat einzugehen - insofern unterscheidet er sich von der überwiegenden Ansicht - , stellt er bei der Unterscheidung öffentliche/staatliche Aufgabe darauf ab, ob der Staat die Aufgabe (tatsächlich) übernommen hat. Eine staatliche Aufgabe liege vor, wenn der Staat eine Aufgabe selbst unmittelbar übernehme oder sie in mittelbarer Verwaltung durch eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts oder einen ausdrücklich mit der Übernahme beleihenen Unternehmer nach öffentlichem Recht erfüllen lasse²⁰⁸.

So sehr beide Ansichten auch vergleichbar sind, sich sogar in wesentlichen Teilen decken, so angreifbar sind beide. Bei der ersten, der überwiegend vertretenen Ansicht, wird das Problem auf die Frage verlagert, unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist, daß der Staat die Erfüllung einer Aufgabe übernimmt. Diese Frage ist leicht zu beantworten, wenn ein Gesetz die Aufgabe ausdrücklich als staatliche Aufgabe oder als Aufgabe des Staates bezeichnet oder zumindest die Erfüllung der Aufgabe durch den Staat zuläßt und der Staat in Anwendung dieser Gestattung die Erfüllung auch tatsächlich übernommen hat. Existiert kein derartiges Gesetz, so muß auf Gewohnheitsrecht, Natur der Sache und ähnliche in der Anwendung den Generalklauseln vergleichbare Rechtsgrundlagen zurückgegriffen werden. Wie vor der Anwendung von Generalklauseln, so muß auch vor der praktischen Verwertung dieser Prinzipien eine Begriffsausfüllung vorgenommen werden. Damit tritt offen zutage, daß hier letztlich der ausfüllungsbedürftige Begriff "Staatsaufgabe" durch einen anderen ebenfalls ausfüllungsbedürftigen Begriff ersetzt wird, was der Lösung der gestellten Frage nicht näher führt.

206) Peters, a.a.O., Fn. 204), S. 877 ff.; dazu H.H.Klein, DöV 1965, 756 und Bull, a.a.O., Fn. 204), S. 47 f.; wie Peters im Ansatz auch Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 117 ff.

207) Peters, a.a.O., Fn. 204), S. 878

208) Peters, a.a.O., Fn. 204), S. 880; vgl. zu dieser mehr materiellen Abgrenzung die Angaben bei Ossenbühl, VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 153, Anm. 76

Die zweite Ansicht birgt zu sehr die Möglichkeit in sich, daß der Staat mehr oder weniger unkontrolliert die Erfüllung einer Aufgabe an sich reißt und die Aufgabe auf diese Weise zu einer staatlichen macht²⁰⁹. Man kann darüber streiten, wann an der Erfüllung einer Aufgabe "die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert" ist. Letztlich kommt es - legt man diese Ansicht zugrunde - darauf an, ob der Staat genügend faktische Macht hat, seine Ansicht durchzusetzen. Die Gefahr, daß die Macht Recht erzeugt, wird deutlich sichtbar. Trotz unseres besser als in manchen anderen Ländern funktionierenden Kontrollsystems der demokratisch-parlamentarischen Rückkopplung ist diese Gefahr zu groß, um die zweite Meinung befürworten zu können.

Fraglich ist, ob mit Hilfe des Subsidiaritätsprinzips²¹⁰ die Bereiche nur öffentlicher Aufgaben von denen der staatlichen Aufgaben unterschieden werden können. Schlagwortartig zusammengefaßt bedeutet das Subsidiaritätsprinzip folgendes: Grundsätzlich ist es die Aufgabe und damit auch das Recht des Privatmanns bzw. einer zivilen Organisation, zu handeln; erst, wenn es gilt, von der Gesamtheit und (oder) deren Glieder überwiegende Nachteile abzuwenden, soll der Staat zum Eingreifen befugt sein²¹¹.

Gesteht man dem Subsidiaritätsprinzip entgegen der vor allem vom Bundesverwaltungsgericht vertretenen Meinung Verfassungsrang zu²¹², so führt das zur zweiten Frage, nämlich ob staatliche Aufgaben nur unter Verwendung

-
- 209) wenn dem Staat auch gewisse Grenzen durch die Grundrechte des einzelnen Bürgers gesetzt sind. Man denke an Art. 12 oder 14 GG - etwa die Beschränkung der erwerbswirtschaftlichen Staatstätigkeit durch die Berufsfreiheit des konkurrierenden Privaten - vgl. dazu vor allem Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 114 ff.; wie hier auch Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 120; vgl. dagegen BVerwG E 39, 329 ff., 336 f.
- 210) Vgl. zum Subsidiaritätsprinzip BVerwG E 20, 113; 23, 304 ff., 306; 39, 329 ff., 338; Wolff, Verwaltungsrecht III, § 138 II; Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968; Zuck, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, 1968; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S. 69; Leisner, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat, 1966, S. 56 ff.; Bull, a.a.O., Fn. 204), S. 190 ff.
- 211) Vgl. vor allem BVerfG E 10, 59 ff., 83; aber auch Wolff III, § 138 II.a) sowie die Nachweise in Fn. 210
- 212) Vgl. BVerwG E 23, 306; 39, 338; Klein, Teilnahme, S. 161 ff.; Emmerich, a.a.O., Fn. 209), S. 109; vgl. auch die Nachweise bei Bull, a.a.O., Fn. 204), S. 196 Anm. 23; a.A. Wolff III, § 138 II.b) 2. m.w.N.; vgl. zur Gegenansicht auch die Nachweise bei Bull, S. 196 Anm. 24 - Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip Verfassungsrang besitzt, offengelassen - vgl. BVerfG E 10, 59 ff., 83

öffentlichrechtlicher Mittel erfüllt werden können. Selbst, wenn man unter Zuhilfenahme des Subsidiaritätsprinzips eine typologische Zusammenstellung der Staatsaufgaben versuchen würde, wäre damit noch nicht beantwortet, welche Rechtsform zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe zu verwenden wäre. Auch die Erwägung, daß staatliche Aufgaben zwingend nach öffentlichrechtlichen Formen der Aufgabenerfüllung verlangen, während öffentliche Aufgaben auch privatrechtlich erfüllt werden können, ist ohne die Zugrundelegung weiterer Kriterien nicht zu begründen. Insbesondere fehlt das formale Band, das die öffentlichrechtliche Handlungsform mit der Staatsaufgabe verknüpft. Der Rechtssatz, der eine derartige Verbindung herstellt, ist bisher nicht erkannt worden. Ohne daher an dieser Stelle stärker auf die Staatsaufgaben und den eventuellen Geltungsbereich des Subsidiaritätsprinzips eingehen zu müssen, darf als Ergebnis festgehalten werden:

Auch unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips läßt sich allein an Hand einer Lehre von den Staatsaufgaben eine systematische Neugliederung des hier interessierenden, heute üblicherweise im Privatrechtlichen verorteten Agendenbereichs nicht vornehmen. Eine Begrenzung der Wahlreinheit durch Staatsaufgaben und Subsidiaritätsprinzip läßt sich nicht begründen.

2. Die sog. einheitlich öffentlichrechtliche Betrachtungsweise

Im Zuge der historischen Entwicklung fielen dem Staat die verschiedensten Aufgaben zu, die ursprünglich von den Bürgern in eigener Leistung erfüllt worden waren. Nicht selten war auch spezialisierten Privatunternehmern auf Grund entsprechender Geschäftsbesorgungsvereinbarungen die Erfüllung dieser Aufgaben übertragen gewesen, bevor sie den Gemeinwesen zufiel²¹³. Diese durch Privatleute ausgeführten Tätigkeiten hatten daher originär keinerlei Bezug zum Öffentlichrechtlichen, sondern wurden ausschließlich in privatrechtlichen Formen abgewickelt. Was lag für den Staat näher, als diese Aufgaben ebenfalls mit den Mitteln des Privatrechts zu erfüllen, zumal das vor allem von Otto Mayer geprägte verwaltungsrechtliche System um die obrigkeitliche Entscheidung in Gestalt des Verwaltungsaktes gruppiert war²¹⁴, und es in diesem System keine öffentlichrechtlichen Rechtsinsti-

213) Vgl. Rupp, DVBl. 1971, 669 f.

214) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, 1895, S. 94 ff.; vgl. auch Schmidt-Salzer, WiR 1972, 103 ff., 104/105

tute gab, die zur Erfüllung der neu übernommenen Aufgaben brauchbar gewesen wären²¹⁵.

Auch die Gemeinwesen wendeten sich daher dem Privatrecht zu, was Rechtsgebilde und -anschauungen wie "Fiskus", "privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt", "Zweistufentheorie", "Verwaltungsprivatrecht" oder "erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand" - um nur einiges zu nennen - hervorrief. Die so entstandene und bis heute kaum zu entwirrende Gemengelage von privatem und öffentlichem Recht war der Anlaß für die Frage, ob man nicht zumindest in Teilbereichen mit einzelnen bestimmten öffentlichrechtlichen Handlungsformen einer einheitlichen öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise zum Durchbruch verhelfen kann.

a) Öffentlichrechtliche Handlungsformen im Bereich der Daseinsvorsorge

Im Schrifttum mehren sich die Stimmen, die im Bereich der Leistungsverwaltung²¹⁶ öffentlichrechtliche Handlungsformen zwingend vorschreiben, wenn es sich um Leistungen der Daseinsvorsorge handelt²¹⁷. Trotz der Grenzenlosigkeit des Begriffs "Daseinsvorsorge" hat diese Ansicht einiges für sich. Die Entwicklung Deutschlands als eines liberalen Ständestaates zur

215) Gegen die Annahme, auch heute seien die Mittel und Formen des öffentlichen Rechts nicht ausreichend zur Erfüllung der sozialstaatlichen Aufgaben Burmeister, WiR 1972, S. 326 ff.; nach zutreffender Ansicht des Bad.-Württ.VGH ist es heute angesichts des Ausbaues der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel sowie der Verwendung des öffentlichrechtlichen Vertrages nicht mehr notwendig, aus Gründen der Justiziabilisierung die Leistungsbeziehungen zwischen gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen und den Bürgern dem Privatrecht zu unterstellen - Beschl. v. 8.5.1978 - I 1383/75 - DöV 1978, 570 r.Sp.

216) Zur "Leistungsverwaltung" siehe etwa Forsthoff, VerwR, Allg.Teil, S. 368 ff.; Wolff/Bachof I, § 3 I.b) 2.; Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, 1970, S. 65 ff., mit zahlreichen Nachweisen aus der "uferlosen Lit." - vgl. S. 65 Anm. 162; sehr instruktiv auch Martens, Prinzipien der Leistungsverwaltung, in Festschrift für Hans Julius Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 429 ff.

217) Vgl. vor allem Eyermann/Fröhler, Rdnr. 1 und 50 ff. zu § 40 VwGO, die diese Ansicht kompromißlos vertreten; siehe auch Leisner, a.a.O., Fn. 216), S. 65 ff., 71 ff., 76 f.; Ossenbühl, DVBl. 1974, 541; ders. wohl auch schon in DVBl. 1973, 289 ff., 292 f. (noch gegen diese Ansicht Ossenbühl, DöV 1971, 513 ff.); vgl. auch Schmidt-Rimpler, Artikel "Wirtschaftsrecht", II.A. in HdSW Bd. 12 (1965), S. 694 ff.; Burmeister, WiR 1972, 311 ff., 319 ff.; siehe auch die Überlegungen von Martens

als sozialer Rechtsstaat auszugestaltenden Bundesrepublik²¹⁸ ist auch an der Verwaltung nicht spurlos vorübergegangen. Während im Liberalstaat vor allem die staatliche Überwachung bzw. der staatliche Schutz zur Erhaltung der bürgerlichen Entfaltungsfreiheiten die Hauptaufgabengebiete der Verwaltung darstellten, trat mit der stärker werdenden Verstädterung der soziale Aspekt immer mehr in den Vordergrund. Ohne vielfache und intensive staatliche Hilfeleistungen war schon bald ein menschenwürdiges Dasein in den Städten nicht mehr möglich. Die in den letzten Jahren durchgeführte Kommunal- und Gebietsreform brachte ähnliche Verhältnisse auch in den ländlichen Bereichen. Schon aus Gleichheitsgesichtspunkten ist es heutzutage kaum noch möglich, daß die Bewohner einer ehemals selbständigen, heute eingegliederten Gemeinde, ihre Müllabfuhr selbständig organisieren und durchführen.

Die größere Gemeinschaft verlangt notwendig nach einer vereinheitlichten Organisation. Durch die starke berufliche Belastung des einzelnen wird es immer notwendiger, daß dem einzelnen die Befriedigung dieser Lebensbedürfnisse weitgehend abgenommen bzw. wesentlich erleichtert wird. Durch die Hinwendung zum Sozialstaat hat der Verfassungsgeber zu erkennen gegeben, daß es der Staat sein soll, der die Fäden dieser Versorgungsorganisation in der Hand hält.

Wenn es sich demnach heute immer mehr um notwendig staatliche Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche handelt, dann ist es nur konsequent, wenn man die Erfüllung dieser Aufgaben ebenso mit öffentlichrechtlichen Mitteln vornimmt wie die Erfüllung der auch schon im Liberalstaat als notwendig staatlich angesehenen Tätigkeiten wie etwa des Polizei- oder Wehrwesens.

Wenn man sich dann noch vergegenwärtigt, daß für den Bürger heutzutage die besagten Leistungen genauso lebensnotwendig sind²¹⁹ wie der obrigkeitliche Schutz durch die Polizei, so scheint diese vor allem von Eyermann/Fröhler vertretene Ansicht richtig und zeitgemäß zu sein. Man wird also in den Bereichen der Daseinsvorsorge von einer Pflicht des Staates

öffentlich als Rechtsbegriff, S. 93 ff.; weiterhin Kratzer, DVBl. 1961, 603/604; ders., BayVBl. 1962, 133; wohl auch Schmidt-Salzer, WiR 1972, 104

218) Vgl. Badura, DöV 1966, 624 ff.; ders., DöV 1968, 446 ff. betreffend Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat.

219) Eyermann/Fröhler, Rdnr. 52 zu § 40 VwGO m.w.N.

sprechen dürfen, die Befriedigung der Daseinsvorsorge-Bedürfnisse zu garantieren²²⁰. Gerade, wenn es aus privatwirtschaftlichen (sprich: ökonomischen) Erwägungen heraus nicht mehr vertretbar ist, diese Bedürfnisse weiterhin zu befriedigen, ist der Staat ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Erwägungen aus überwiegenden sozialen Gründen bzw. aus Gründen des Gemeinwohls verpflichtet, seine Leistungen zu erbringen²²¹. Er muß - anders als der Privatmann - bereit sein, "entsprechend der wirtschaftlichen Lage unwirtschaftlich zu leisten"²²², damit die Versorgung mit den lebensnotwendigsten Leistungen sichergestellt ist²²³.

Das soll für das "ob" als auch für das "wie" - den Umfang - der Leistungen gelten²²⁴, womit die Zweistufentheorie endgültig als überholt gelten dürfte²²⁵.

Trotz dieser zahlreichen gewichtigen Argumente wird nicht recht klar, wie eine dogmatisch haltbare Begründung für die zwingende Anwendung öffentlichrechtlicher Rechtsformen im Bereich der Daseinsvorsorge de lege lata auszusehen hat. Um die Schlußfolgerung "öffentliche Aufgabe verlangt öffentlichrechtliches Tätigwerden" kommt auch diese Ansicht nicht herum, wobei hier speziell die Aufgaben der Daseinsvorsorge gemeint sind. Daß dieser Schluß ohne dogmatisch saubere Konstruktion nicht haltbar ist, wurde oben bereits deutlich gemacht. Er ist allenfalls de lege ferenda zu ziehen. Die einzige praktikable Möglichkeit, mit Hilfe des Begriffs Daseinsvorsorge einen derartigen Rechtssatz zur Beschränkung der Wahlfreiheit aufzustellen, wäre die Erhebung der Daseinsvorsorge zum Rechtsbegriff. Notgedrungen müßte es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handeln, denn was zur Daseinsvorsorge gehört und was nicht, kann nur mittels Wertung - vor allem unter Berücksichtigung der ökonomischen Situation der Bevölkerung

220) so sehr eindringlich Ossenbühl, DöV 1971, 516 unter Bezugnahme auf Klein, Die Teilnahme ..., S. 17 ff.

221) Leisner, a.a.O., Fn. 216), S. 72

222) Leisner, a.a.O., Fn. 216), S. 72; Leisner spricht S. 73 auch von virtuell unwirtschaftlichen Leistungen

223) Vgl. Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdnr. 43 zu Art. 1 I GG "Das menschenwürdige Existenzminimum"

224) Leisner, a.a.O., Fn. 216), S. 72

225) Vgl. zur Zweistufentheorie allgemein und zu ihrer künftigen Unhaltbarkeit unten S. 72, 98, 123 ff., 141

- ermittelt werden²²⁶.

Der im Einzelfall über die Wahl der Rechtsform Entscheidende müßte unter den unbestimmten Rechtsbegriff subsumieren. Die Rechtsfolge wäre bei Bejahung des Vorliegens von Daseinsvorsorge die Pflicht, öffentlichrechtliche Rechtsformen zu benutzen.

Genau an dieser Stelle muß der vorgeschlagene Weg verlassen werden, denn wo liegt das Bindeglied zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, zwischen Daseinsvorsorge und der zwingenden Verwendung öffentlichrechtlicher Rechtsformen? Auch wenn man einen Rechtssatz des allgemeinen Verwaltungsrechts erkennen will, muß man die allgemeinen methodischen Voraussetzungen beachten, die an das Vorliegen eines Rechtssatzes gestellt werden. Erforderlich sind nicht nur (mindestens) zwei Begriffe, die man in irgendeine Beziehung zueinander bringt. Wichtig ist, daß das Vorliegen eines Begriffs das Vorliegen des anderen verursacht. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist befugt, diese Verbindung von Tatbestand und Rechtsfolge herzustellen. Existiert kein auf diese Weise zustandegekommenes Gesetz, so hat man zu untersuchen, ob nicht ein entsprechender dem Gewohnheitsrecht zugehöriger Rechtssatz existiert. Keinesfalls darf man als nicht zur Rechtsetzung Befugter die Verbindung zwischen zwei rechtlichen Begriffen selbst künstlich herstellen und damit einen Tatbestand schaffen. Vielmehr ist die einzige Befugnis die des Erkennens schon bestehender gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Zusammenhänge. Auf den ersten Blick ist aber auch im Gewohnheitsrecht ein derartiger Zusammenhang zwischen Daseinsvorsorge und öffentlichrechtlicher Rechtsform nicht zu erkennen. Inwieweit der dogmatische Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht einen derartigen Rechtssatz erkennbar werden läßt, soll später eingehend erörtert werden.

Jedenfalls hilft der Begriff der Daseinsvorsorge nicht weiter, denn er ist kein Rechtsbegriff, dessen Vorliegen zwingend die öffentlichrechtlichen Handlungsformen nach sich zieht. Vielmehr handelt es sich um ein Sammelwort, das Tätigkeiten wie Müllabfuhr, Lieferung von Strom und Wasser, die Tätigkeiten der kommunalen Verkehrsbetriebe etc. lediglich umschreibt.

226) Vgl. zur Ausfüllungsbedürftigkeit und Wandelbarkeit des begrifflichen Inhalts des Begriffs "Daseinsvorsorge" oben S. 7 f.

Die Daseinsvorsorge wird daher auch als soziologischer Begriff bezeichnet²²⁷.

Ergebnis:

Eine zwingende Zuordnung öffentlichrechtlicher Handlungsformen zur Daseinsvorsorge ist ohne ein dogmatisches Bindeglied nicht möglich, da ein entsprechender Rechtssatz allein aus dem Begriff der Daseinsvorsorge nicht folgt und es sich bei dem Begriff der Daseinsvorsorge de lege lata nicht um einen Rechtsbegriff handelt.

b) Das Staatshandeln als Handeln unter ausschließlicher Verwendung öffentlichrechtlicher Rechtsformen

Um das Problem zu lösen, wird weiterhin erwogen, ob nicht "im Wege einer Radikalkur" der Staat gänzlich aus dem Privatrecht vertrieben und alles Staatshandeln dem öffentlichen Recht zugeschlagen werden soll²²⁸. Martens selbst verwirft den Gedanken sogleich. Er entspreche weder der deutschen Rechtstradition noch der gegenwärtigen Praxis²²⁹. Die moderne Leistungsverwaltung komme ohne die Verwendung eindeutiger zivilrechtlicher Formen und Institute nicht aus²³⁰.

Im Ergebnis ist der ablehnenden Haltung Martens' beizupflichten. Beispielsweise ist eine staatliche Beteiligung an privatrechtlich organisierten Firmen de lege lata nur in privatrechtlichen Formen möglich. Man sollte sich aber nicht auf Rechtstradition und -praxis berufen, denn beides kann ja durchaus rechtswidrig sein. Wissenschaftliche Erkenntnisse hätten kaum je eine Chance gehabt, sich durchzusetzen, wenn dem Traditionellen immer eine derart unangreifbare Stellung eingeräumt worden wäre. Schließlich gibt es bei jeder Neuerung das Alte, das bis dahin als richtig

227) So Ossenbühl, DöV 1971, 516 und auch schon Maunz, VerwArch. Bd. 50 (1959), S. 315 ff., 319, während Bulla, DVBl. 1975, 643 ff., 648 zu dem Schluß kommt, es handle sich zwar um einen soziologischen Begriff. Dieser gewinne jedoch "dominierende Bedeutung bei der Interpretation von Rechtsnormen, die aus der Daseinsvorsorge rechtliche Konsequenzen ziehen."

228) Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 93

229) Martens, a.a.O., Fn. 228), S. 93

230) Martens, a.a.O., Fn. 228), S. 93

galt. Daß der Staat bzw. die moderne Leistungsverwaltung ohne das Privatrecht nicht auszukommen glaubt, ist ein Ergebnis der historischen Entwicklung. Es ist bisher aber kaum mit fundierten Analysen untermauert worden, daß der Staat (zumindest de lege ferenda) nicht ohne Privatrecht auskommen kann. Eine dogmatisch saubere Erklärung der Wahlfreiheit hat es bisher noch nicht gegeben. Andererseits reicht die Behauptung, der Staat dürfe ausschließlich Mittel des öffentlichen Rechts verwenden, ebenfalls nicht aus, um die Wahlfreiheit dogmatisch zweifelsfrei abzulehnen.

Ergebnis:

Die pauschale Behauptung, alles Staatshandeln habe in öffentlichrechtlichen Formen zu geschehen, ist nicht haltbar. Durch sie wird die Wahlfreiheit nicht beschränkt.

c) Das sogenannte "Gemeinrecht" (Bullinger)

Auch eine andere "Radikallösung" ist unter der Geltung der Generalklauseln des § 40 VwGO bzw. des § 13 GVG unhaltbar: Bullinger will statt der bisher zweigeteilten Rechtsordnung ein sog. "Gemeinrecht" installieren²³¹.

Die Auflösung der Zweiteilung zeige sich heute schon an den einheitlich für beide Rechtssysteme geltenden Rechtsregeln. Das "Gemeinrecht" gelte für alle. Es sei einerlei, ob an den zu beurteilenden Rechtsverhältnissen Behörden, Selbstverwaltungskörperschaften, gemischtwirtschaftliche Unternehmen, Parteien, Wirtschaftsverbände, Privatpersonen und Privatunternehmen mit oder ohne öffentliche Funktionen oder Bindungen beteiligt seien²³². Es soll für Handlungs- wie für Organisationsformen gelten²³³.

In der Tat würde diese geradezu revolutionäre Idee das Problem der Wahl-

231) Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 81 ff.; ders., Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen, Gedächtnisschrift für Hans Peters, 1967, S. 667 ff., S. 682 ff.; ihm folgend Klaus Lange, Verkehr und öffentliches Recht, 1974, S. 261; nach Ansicht von Obermayer, Grundzüge, S. 4 f. verkennt Bullinger das Wesen des deutschen öffentlichen Rechts, das sich zu einem Rechtsgebiet besonderer Art entwickelt habe

232) Bullinger, a.a.O., Fn. 231), S. 81

233) Bullinger, a.a.O., Fn. 231), S. 90 ff.

freiheit und ihrer Begrenzung entfallen lassen. De lege lata ist aber keine Möglichkeit ersichtlich, dieser Ansicht Geltung zu verschaffen, denn unser Rechtssystem geht unzweifelhaft von der Teilung in privates und öffentliches Recht aus²³⁴.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß auch eine Lehre des "Gemeinrechts" unter den gegebenen Umständen des zweigeteilten Rechtssystems die Probleme, die die Wahlfreiheit aufwirft, einer Lösung nicht näherbringt.

d) Der öffentlichrechtliche Verwaltungsvertrag

Gingen die bisher angesprochenen Spielarten der einheitlich öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise, aber auch die Ansichten über eine Aufgabenabgrenzung davon aus, daß mit Hilfe eines zu bestimmenden Gegenstandes die Beschränkung der Wahlfreiheit gegeben sei, so geht die hier angesprochene Ansicht eher von einem bestimmten Handlungsmittel, nämlich vom öffentlichrechtlichen Vertrag, aus.

Nach Auffassung einiger Gerichte sowie im Schrifttum vor allem von Ossenbühl und Pappermann liegt in der Regel ein öffentlichrechtlicher Vertrag vor, wenn die öffentliche Hand als Trägerin einer öffentlichrechtlich organisierten öffentlichen Einrichtung (z.B. Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts) eine Vereinbarung mit dem Benutzer der Einrichtung trifft und damit dem kommunalrechtlichen Rechtsanspruch des Bürgers auf Benutzung der öffentlichen Einrichtung (etwa nach § 20 der Hessischen Gemeindeordnung) entsprochen wird²³⁵.

234) Vgl. als Beispiele die Regelungen der §§ 13 GVG, 40 VwGO oder die Haftungsvorschriften § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG und §§ 823 ff. BGB - dazu eingehend oben § 7 III. 2., S. 53 ff. - Ob diese Ansicht für unser Rechtssystem ausschließlich ein Vorteil wäre, ist zu bezweifeln, denn die Teilung hat auch ihre Vorzüge. Sie weist in die Richtung einer Spezialisierung der Gerichtszweige und damit auch der dort tätigen Richter, was für die Richtigkeit der Urteile nur von Vorteil sein kann.

235) Vgl. die schon einige Zeit zurückliegende Entscheidung des OVG Saarlouis, JZ 1961, 673 mit Anm. Wacke; VG Berlin, JR 1972, 172; VG Wiesbaden, DVBl. 1974, 243; so auch der Hess.VGH als zweite Instanz zur angegebenen Entscheidung des VG Wiesbaden (es ging um die Qualifizierung eines Kindergartenbenutzungsverhältnisses) HessVGH in VGRspr. 1974, 69 ff.; ders., Beschl. v. 28.9.1976 in NJW 1977, 452;

Demgegenüber ist bei Zugrundelegung der noch herrschenden zweistufigen Betrachtungsweise - eine Parallele zur sog. Zweistufentheorie des Subventionsrechts - die Entscheidung über das "ob" der Zulassung als Verwaltungsakt anzusehen, während die nähere Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses, das "wie" der Benutzung, durch privatrechtlichen Vertrag geregelt werden kann²³⁶.

Der Kritik in der Literatur²³⁷ folgend - vor allem die Rechtswegzersplitterung wird beklagt - sollte die zweistufige Betrachtungsweise soweit wie möglich vermieden werden und von einer einheitlichen Betrachtungsweise abgelöst werden. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß es sich dabei zwingend um eine einheitlich öffentlichrechtliche Betrachtungsweise handeln muß. Wie oben bereits festgestellt wurde, kann eine privatrechtliche Organisation (prinzipiell) nicht öffentlichrechtlich handeln²³⁸. Wieso kann es nicht die privatrechtliche Organisation sein, die - wenn auch letztlich unter dem Einfluß der Gemeinde - auch über das "ob" der Benutzung entscheidet. Damit wird deutlich, daß theoretisch durchaus auch eine einheitlich privatrechtliche Betrachtungsweise denkbar ist.

in der Lit. vor allem Pappermann, JZ 1969, 485 ff., 488 und Ossenbühl, DVBl. 1973, 289 ff., 292 ff.; ders., DVBl. 1974, 541 ff.; ähnlich auch das Bundesverwaltungsgericht in BVerwG E 40, 85 ff.: Die Stützung der Landwirtschaft durch Übernahme von Getreide zum Erzeugermindestpreis läßt nach Ansicht des Senats lediglich öffentlich-rechtliche Beziehungen zwischen dem Antragsberechtigten und der Einfuhr- und Vorratsstelle entstehen

236) Vgl. dazu die Nachweise bei Pappermann, JZ 1969, 487 Fußnote 44 und die Angaben in Fußnote 266) dieser Untersuchung

237) etwa bei Metzmacher, Der Rechtsschutz gegenüber gemeindlichem Verwaltungsprivatrecht, Jur.Diss., Münster 1971, S. 96 ff.; Bethge, JR 1972, 139 ff. unter der provozierenden Überschrift "Abschied von der Zweistufentheorie"; ders., VerwArch. Bd. 63 (1972), S. 152 ff., S. 170; kritisch auch Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 56 ff., S. 62; Rupp, DVBl. 1971, 671; Ossenbühl, DöV 1971, 515; siehe ferner die in Fn. 235) zitierten Entscheidungen; weiterhin BayVGII, BayVBl. 1968, 67, nach dessen Ansicht die Überlassung von gemeindeeigenen Plakatflächen an politische Parteien "bei sachnaher Betrachtungsweise" nicht in die Zulassung zur Einrichtung und die vertragliche Regelung der Modalitäten aufgespalten werden kann

238) siehe oben § 5, S. 25 ff., S. 34 - anders aber Ossenbühl, der einen privatrechtl. Vertrag zwischen Benutzer und privatr. Organisation nur dann annehmen will, wenn die Benutzung (z.B. der Stadthalle) nicht auf Grund des kommunalrechtlichen Zulassungsanspruchs gewährt wird - vgl. Ossenbühl, DVBl. 1973, 294

Im Gegensatz zu Ossenbühl, der ausdrücklich das öffentlichrechtliche Handeln eines privatrechtlich organisierten Trägers öffentlicher Gewalt für zulässig hält²³⁹, nimmt Pappermann die selbständigen privatrechtlich organisierten Einrichtungen aus dieser Konstruktion aus, wenn die Gemeinde keine Einflußmöglichkeit hat²⁴⁰. Etwas später führt Pappermann aber aus:

"Hat die Gemeinde hingegen genügende Einflußmöglichkeiten, so bestehen keine privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Benutzer und dem (privaten) Träger. Es besteht nur das öffentlich-rechtliche Verhältnis des Benutzungswilligen zur Gemeinde ..."

Durch diese Formulierung wird nicht recht klar, ob die privatrechtliche Nutzungsform erst gelten soll, wenn überhaupt keine Einflußmöglichkeit der Gemeinde besteht oder ob es schon ausreicht, daß "nicht genügende Einflußmöglichkeiten" bestehen.

Geht man von der zweiten Deutung aus, dann bleibt schlechthin unerfindlich, wo die Grenze zwischen "genügenden" und "nicht mehr genügenden" Einflußmöglichkeiten liegt.

Geht man von der ersten Deutung aus, dann müßte verlangt werden, daß kein Vertreter der Gemeinde eine mitgliedschaftliche Stellung in der privatrechtlichen Organisation innehat. Ist dies aber der Fall, dann taucht das Problem gar nicht auf, denn dann handelt es sich in der Tat nicht um eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde²⁴¹; es handelt sich ja dann nicht einmal mehr um eine Einrichtung der Gemeinde. Aber auch die Öffentlichkeit der Einrichtung entfielen.

Diese Unstimmigkeiten bestehen nicht, wenn man - wie hier vertreten - einer privatrechtlichen Organisation das Handeln in öffentlichrechtlichen Formen abspricht²⁴². Nach allem bleibt für die hier vorliegende Un-

239) Vgl. Ossenbühl, DVBl. 1973, 294; ders., DVBl. 1974, 541 ff., wo er zu dem Urteil des BGH v. 27.10.1972 (DVBl. 1974, 558) Stellung nimmt. Der BGH geht davon aus, daß die Flughafen GmbH die Rechtsverhältnisse mit den Flughafenbenutzern ausschließlich privatrechtlich regeln könne

240) Pappermann, JZ 1969, 489

241) Vgl. Pappermann, JZ 1969, 489: "Hat die Gemeinde keine Einflußmöglichkeit, so liegt keine öffentliche Einrichtung der Gemeinde vor."

242) Selbstverständlich gilt das nicht, wenn eine privatrechtliche Organisation mit Hoheitsgewalt beliehen ist - vgl. dazu BGH, DVBl. 1974, 558

tersuchung nur noch die Frage, ob ein öffentlichrechtlich organisierter Träger öffentlicher Gewalt sich des öffentlichrechtlichen Vertrages bedienen muß, oder ob ihm wirklich die Wahlfreiheit zusteht.

Gesteht man ein, daß mit der Aufstellung einer Aufgabentypologie dogmatisch sauber eine Beschränkung der Wahlfreiheit nicht vorgenommen werden kann²⁴³, so wird an der Ansicht von Ossenbühl deutlich²⁴⁴, daß auch die Überlegungen, die den öffentlichrechtlichen Vertrag zur Beschränkung der Wahlfreiheit nutzbar machen wollen, derzeitig nicht zu dem von den Vertretern dieser Ansicht gewünschten Ergebnis führen können.

Ossenbühl meint, wo die öffentliche Hand in Erfüllung staatlicher oder kommunaler Aufgaben tätig werde und zu Dritten in Leistungsbeziehungen trete, gelte öffentliches Recht. Eine Wahlfreiheit bestehe hier nicht²⁴⁵.

Auch diese Variante der einheitlich öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise grenzt danach ab, ob die öffentliche Hand in Erfüllung staatlicher oder kommunaler Aufgaben tätig wird; sie ist daher abzulehnen. Es kommt hinzu, daß es sich ohne dogmatisches Verbindungsglied zwischen Aufgabe und öffentlichrechtlichem Vertrag nicht beweisen läßt, daß einem subjektiv öffentlichen Recht auf Gewährung einer Leistung, die in Erfüllung öffentlicher Aufgaben erbracht wird, mit öffentlichrechtlichen Handlungsformen entsprochen werden müsse. Auch die Lösung mit Hilfe des öffentlichrechtlichen Vertrages kann trotz ihrer zweifellos gegebenen Zweckmäßigkeit nicht überzeugen.

Ergebnis:

Auch der öffentlichrechtliche Vertrag läßt sich nicht als Beschränkung der Wahlfreiheit auffassen, wenn er - wie vereinzelt in Rechtsprechung und Literatur - als logisch notwendiges Mittel zur Erfüllung von staatlichen und kommunalen Aufgaben angesehen wird.

3. Die hier sogenannte "Lehre von der Kompetenzabgrenzung"

a) Die Kompetenzen des Staates als Ausgangspunkt

Um diese Lehrmeinung verstehen zu können, ist es erforderlich, festzustellen

243) siehe oben § 8 I. 1., S. 60 ff.

244) Vgl. Ossenbühl, DVB1. 1974, 541

245) Ossenbühl, DVB1. 1974, 541

len, was "Kompetenzen" eigentlich sind. Eine wesentliche Erkenntnis dabei ist, daß "Aufgaben" und "Kompetenzen" keinesfalls gleichgesetzt werden dürfen²⁴⁶. Während es bei den "Kompetenzen" um das "rechtliche Dürfen" geht, bezeichnen die "Aufgaben" eine Kombination von "Dürfen" und "Sollen"²⁴⁷. Für eine "Lehre von der Kompetenzabgrenzung" kommt es demnach darauf an, was der Staat darf und was nicht.

Die nichtstaatlichen Kompetenzen (das, was der Staat nicht darf) können nur solche privater Art sein. Dieser Gedanke liegt offensichtlich den Ausführungen Burmeisters zugrunde²⁴⁸. Nach Burmeister wird der Dualismus zwischen den Rechtskomplexen der staatlichen Kompetenzordnung einerseits und denen der privaten Rechtsordnung andererseits durch diese Kompetenztrennung markiert²⁴⁹. Die staatliche Kompetenzordnung gelte ausschließlich für die Staatsgewalt, die private Rechtsordnung für die Handlungen des gesellschaftlich-privaten Rechtsverkehrs²⁵⁰. Nur mit Hilfe dieser "materialen Abgrenzung der Funktionen" könne gewährleistet werden, daß die Geltungskraft der Freiheitsrechte durch den Staat nicht unterlaufen werde, indem dieser sich zum Inhaber der als staatsfrei konzipierten Funktionsbereiche mache²⁵¹.

Daher darf nach Burmeister der Staat nur dann privatrechtlich handeln, wenn es um "daseinsvorsorgerische öffentliche Wirtschaftspartizipation" geht und auch in diesem Fall nur unter der Voraussetzung, daß sowohl die

246) Vgl. dazu Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, 1977, S. 52 ff., der S. 52 zutreffend darauf hinweist, daß Aufgaben Voraussetzungen für Kompetenzen sind. Insofern besteht durchaus ein Zusammenhang zwischen Aufgaben und Kompetenzen.

247) das meint wohl auch Bull, a.a.O., Fn. 246), S. 53, wenn er ausführt: "Außerdem impliziert "Aufgabe" ein Sollen, während die Ausübung einer Kompetenz bei Fehlen weiterer Bestimmungen lediglich ein "Dürfen" in noch näher eingeeengter Weise bedeutet."

248) Vgl. Burmeister, WiR 1972, 311 ff., 323, 325, vor allem S. 348; bei dieser Aussage handelt es sich letztlich um eine Konsequenz aus der Tatsache, daß die Ausübung aller staatlichen Funktionen einer Grundlage in der Verfassung bedarf - vgl. dazu Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 98 - allgemein kritisch zur Wahlfreiheit Burmeister, DöV 1975, 695 ff., 697 ff.

249) Burmeister, WiR 1972, 348

250) Burmeister, WiR 1972, 348

251) Burmeister, WiR 1972, 348

Eigenschaft des Funktionsträgers als Bestandteil der Staatlichkeit, als auch die Zugehörigkeit der Betätigung selbst zum "rechtlich-öffentlichen" Aufgabenbereich, nach außen eindeutig erkennbar sind²⁵². Diese Erkennbarkeit impliziere die Verpflichtung, die staatlichen Leistungseinrichtungen in den Organisationsformen des öffentlichen Rechts zu strukturieren²⁵³.

Mit dieser Ansicht wird die herrschende Meinung von der Wahlfreiheit rigoros abgelehnt. Organisationsformen des Privatrechts darf der Staat danach nicht mehr verwenden, denn auch bei der Benutzung öffentlichrechtlicher Organisationsformen bleibe theoretisch die Möglichkeit, in Handlungsformen des Privatrechts zu handeln²⁵⁴.

Richtig ist, daß es nicht unbedingt einer privatrechtlichen Organisation des Staates bedarf, um mit dem Bürger in privatrechtliche Rechtsverhältnisse einzutreten. Kaum einsichtig mit der gegebenen Begründung ist aber das strikte an den Staat gerichtete Verbot, privatrechtliche Organisationen zu gründen oder sich an schon bestehenden derartigen Organisationen zu beteiligen, wenn feststeht, daß die rechtlichen Handlungen (Vertragsschlüsse etc.) zulässigerweise mit den Mitteln und Formen des Zivilrechts vorgenommen werden dürfen. Ob sich der Bürger an die "Verkehrs-AG" (vielleicht sogar die "städtische Verkehrs-AG") oder an die Gemeinde als Trägerin einer Anstalt des öffentlichen Rechts (oder eines sonstigen Eigenbetriebes) wenden muß, ist für ihn kein unlösbares Problem. Schwieriger wird es bei der Frage des Rechtswegs bzw. wegen der unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen im Falle einer Haftung.

Der entscheidende Ansatz - und dieser Ansatz ist überdenkenswert - ist die Neuformulierung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses, das in dieser Form bisher nicht vertreten wurde. Danach sollen sich die Verwaltungsträger prinzipiell - also in der Regel - öffentlichrechtlicher (obrigkeitlicher oder schlicht-hoheitlicher) Handlungsformen bedienen, wenn sie die ihnen zukommenden Aufgaben erfüllen²⁵⁵. Nur ausnahmsweise (bei "daseinsvorsor-

252) Burmeister, WiR 1972, 350

253) Burmeister, WiR 1972, 343 f., 350

254) So etwa läßt sich die Argumentation Burmeisters, a.a.O., Fn. 248), S. 344 zusammenfassen

255) Burmeister, a.a.O., Fn. 248), S. 350

gerischer öffentlicher Wirtschaftspartizipation") soll das "Agieren in Privatrechtsformen" zulässig sein. Mit dieser Argumentation wird außer der Aufstellung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses eine Beweispflicht zur Entstehung gebracht:

Falls der Staat sich des Privatrechts bedienen will, muß vor Anwendung der privatrechtlichen Rechtsinstitute bewiesen werden, daß ein Ausnahmefall vorliegt. Hat man festgestellt, daß kein Ausnahmefall vorliegt, so hat das Handeln in der "Regel-Rechtsform", also mit öffentlichrechtlichen Mitteln, zu erfolgen; das gilt selbstverständlich nur dann, wenn die Verwaltungsträger" im Rahmen des ihnen zugewiesenen Aufgabenkreises" tätig werden²⁵⁶.

Letztlich geht die Ansicht Burmeisters also dahin, daß der Staat in den Regelfällen öffentlichrechtliche Handlungsformen verwenden muß, wenn er einer Kompetenz gemäß handelt, wenn er also handeln darf. Diese Aussage aber ist genauso unbewiesen wie die herrschende Ansicht, daß der Staat sich grundsätzlich nach freiem Belieben der Rechtsformen des Privatrechts bedienen dürfe. Es kommt hinzu, daß die "Lehre von der Kompetenzabgrenzung" ihr Abgrenzungskriterium im materiellen Bereich sucht. Dies aber wurde schon an den Versuchen bemängelt, mit Hilfe einer Aufgabenabgrenzung den Bereich zwingend öffentlichrechtlicher Handlungsformen von dem Bereich zulässiger Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen abzugrenzen. Hier kann nichts anderes gelten. Eine Methode, die auf materielle Gesichtspunkte abstellt, steht im Widerspruch zu den Erkenntnissen von H.J.Wolff, der für die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht das formelle Kriterium der notwendigen Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt an dem jeweiligen Rechtsverhältnis sieht²⁵⁷. Eine Einschränkung der Wahlfreiheit sollte daher konsequenterweise im formalen Bereich gesucht werden, zumal das eher eine nachvollziehbare und verifizierbare Lösung garantiert.

256) Die durch Anführungszeichen hervorgehobene Formulierung von Burmeister, a.a.O., Fn. 248), S. 350; zu bemängeln ist dabei, daß Burmeister von "Aufgabenkreisen" spricht und nicht von Kompetenzen, während er sonst im Verlauf seines Beitrages das Wort "Kompetenz" verwendet. Diese offensichtlich synonyme Verwendung der Worte "Aufgabe" und "Kompetenz" ist jedoch ungenau, wie sich aus dem oben auf S. Gesagten ergibt

257) Dazu oben § 5, S. 29 f.

b) Die Kompetenzen des Privaten als Ausgangspunkt

Eine andere, der eben besprochenen vergleichbare Ansicht ist diejenige von Schmidt-Salzer²⁵⁸. Während Burmeister von den Kompetenzen des Staates ausgeht, versucht Schmidt-Salzer, an die Kompetenzen des Privaten anzuknüpfen. Faßt man seine Ausführungen zusammen, so gilt folgendes: Der Staat darf Privatrecht nur insoweit verwenden, als es um die spezifischen Kompetenzen eines Privaten geht²⁵⁹.

Versucht man, die spezifischen Kompetenzen des Privaten in den richtigen Rechtsbereich zu verorten, was die Handlungsform anlangt, so muß man feststellen, daß es durchaus zweifelsfrei dem öffentlichen Recht zugehörige Handlungsformen gibt, die speziell dem Privaten zur Verfügung stehen. Man denke etwa an die (öffentlichrechtliche) Willenserklärung, die ein Bürger zum Abschluß eines subordinationsrechtlichen öffentlichrechtlichen Verwaltungsvertrages abgibt oder an eine wie auch immer geartete Mitwirkungshandlung zur Ermöglichung einer Verwaltungsentscheidung. Es ist gerade eine besondere Eigenart des subordinationsrechtlichen öffentlichrechtlichen Verwaltungsvertrages, daß ein Bürger Vertragspartner ist²⁶⁰. Im zweiten Beispiel handelt es sich ebenfalls um eine spezifische Befugnis des Bürgers, obwohl es um Handlungen im öffentlichrechtlichen Bereich geht.

Diese Unstimmigkeiten, aber auch die Tatsache, daß es im Einzelfall kaum möglich ist, mit Hilfe dieser ebenfalls rein materiellen Abgrenzungsmethode zweifelsfreie Ergebnisse zu erhalten, müssen auch diese Form der "Lehre von der Kompetenzabgrenzung" als unbrauchbar erweisen.

Ergebnis:

Die "Lehre von der Kompetenzabgrenzung" ist ebenfalls nicht geeignet, die Wahlfreiheit klar und zweifelsfrei zu beschränken.

258) Schmidt-Salzer, WiR 1972, 103 ff.

259) Vgl. Schmidt-Salzer, WiR 1972, S. 103 ff., 106 f., 111

260) Vgl. statt vieler Wolff/Bachof I, § 44 II.c)

4. Die Unterscheidung in staatskörperschaftliches und individualrechtliches Verhalten des Staates (Schmidt-Rimpler)

Im folgenden geht es um einen Lösungsversuch, der einen bisher in den Überlegungen zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht kaum beachteten Ansatz für die hier gegebenen Probleme der Wahlfreiheit fruchtbar zu machen versucht. Nach Ansicht von Schmidt-Rimpler²⁶¹ handelt es sich beim öffentlichen Recht um staatskörperschaftliches Recht, während das Privatrecht das Recht der Individualbeziehungen (Individualrecht) ist²⁶². "Staatskörperschaftliches Recht ist das Recht der staatlichen Körperschaft als der organisierten Rechtsgemeinschaft, die als solche durch ihr Recht bestimmt wird, aber auch ihrem Recht untersteht"²⁶³.

Immer dann, wenn der Bürger in seiner Eigenschaft als Mitglied des Staates mit dem Staat in ein Rechtsverhältnis eintritt²⁶⁴, handelt es sich danach um ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis. Es kommt nach Schmidt-Rimpler darauf an, daß das Verhältnis zwischen Staat und Bürger seinen Sinn bzw. "Richtigkeitsgrund"²⁶⁵ gerade in der Mitgliedschaft findet. Mit dieser Prämisse kommt Schmidt-Rimpler ebenso wie etwa Burmeister zu Ergebnissen, die der herrschenden Meinung diametral entgegengesetzt sind. Das gilt vor allem für die hier besonders interessierenden Bereiche des Schutzes und der Fürsorge durch den Staat sowie für das bisher weitgehend unangefochten auf der Basis der Zweistufentheorie²⁶⁶ beruhende Recht der Subventionen. Die angesprochene Sinnbestimmtheit (der "Richtig-

261) Schmidt-Rimpler, in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HdSW) Bd. 12, 1965, S. 694 ff.

262) Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 695

263) Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 695

264) Schmidt-Rimpler vermischt hier übrigens die monistische mit der dualistischen Staatsauffassung. Ob dies in dieser Weise zulässig ist, muß bezweifelt werden.

265) Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 697, rechte Sp.

266) Vgl. die Verwendung der Zweistufentheorie in der Rechtsprechung des BVerwG und des BGH: BVerwG E 1, 308; 7, 89; 7, 180; 13, 307; 32, 33; 35, 170; 40, 139; 41, 127; DVB1. 1970, 866; BGH Z 20, 77; 52, 155; 61, 296 = DVB1. 1974, 197; DVB1. 1964, 115; VerwRspr. Bd.23, S. 923 ff. = DVB1. 1972, 612 ff. = DöV 1972, 384 ff. - zu den vereinzelt auftauchenden restriktiven Tendenzen der Rechtsprechung in Bezug auf die Anwendung der Zweistufentheorie vgl. etwa BVerwGE 5, 325; 14, 65; 35, 103 und DöV 1973, 244; BGH Z 36, 91; Bad-Württ.VGH, BaWüVBl. 1971, 152 ff. - vgl. auch die in Fn. 235) angeg. Beispiele aus der Rechtsprechung.

keitsgrund") liege bei staatlichen Leistungen, die in Erfüllung der Aufgabe der Gemeinschaft, für ihre Mitglieder zu sorgen, gewährt würden, deutlich sichtbar vor, so daß Subventionen notwendig körperschaftlicher Charakter zukomme²⁶⁷.

Demgegenüber sei das Individualrecht gekennzeichnet durch "die Ordnung des Verhaltens der Bürger in ihrem Individualverhältnis zueinander, in dem sie ihre individuellen Zwecke verfolgen, wobei Rechte und Pflichten sich also nicht aus der Mitgliedschaft ergeben ..." ²⁶⁸ sollen.

Privates Recht ist danach prinzipiell das Recht des Bürgers im Rechtsverkehr mit dem anderen Bürger, wobei diese Rechtsverhältnisse ihren Entstehungsgrund nicht in der staatsmitgliedschaftlichen Stellung des Bürgers haben. In Anwendung dieser Argumentation gestattet Schmidt-Rimpler - und das ist für die hier vorliegende Untersuchung das Entscheidende - dem Staat immer dann das Handeln in privatrechtlichen Formen, wenn er dem Bürger "als Individuum gegenübertritt"²⁶⁹, sich also "wie jeder Bürger im Marktverkehr durch private Unternehmer versorgen läßt oder entsprechend wie ein privater Unternehmer die Bürger marktmäßig versorgt"²⁷⁰.

Was die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht betrifft, so ist dieser Meinung zuzustimmen. Sie ist nämlich de facto eine Ausformung der Wolff'schen Subjektstheorie. Wolff stellt ja ab auf die notwendige Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt an einem Rechtsverhältnis²⁷¹. Die staatskörperschaftliche Stellung des Bürgers, bei deren Vorliegen nach Schmidt-Rimpler öffentlichrechtliche Rechtsformen zu verwenden sind - so muß Schmidt-Rimpler verstanden werden²⁷² - , ist aber

267) Vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 697, r.Sp. oben u. Mitte

268) Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 695

269) Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 696 linke Sp., oben

270) Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 696 r.Sp. unten/S. 697 oben

271) Vgl. oben Fn. 102)

272) Vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 697/698, wo er ausdrücklich betont, daß die Verwaltung aus Verhältnissen, die der Sache oder der Intention der Körperschaft nach körperschaftsrechtlicher Natur sind keine individualrechtlichen machen könne und daß die Zulassung der privatrechtlichen Gestaltungsform den körperschaftsrechtlichen und damit öffentlichrechtlichen Charakter unberührt lasse, so daß es sich um einen (öffentlichrechtlichen) Vertrag handeln müsse, der mangels Ausbildung der entsprechenden Vertragstypen im öffentlichen Recht dem Inhalt nach dem jeweiligen privatrechtlichen Vertragsverhältnis entsprechen solle.

nichts anderes als ein Rechtsverhältnis des Bürgers mit dem Staat. Im Unterschied zur Subjektstheorie wird jedoch eher auf die allgemeine staatsrechtliche Stellung des Bürgers abgestellt, während es sich bei der Subjektstheorie um die Erfassung konkreter Rechtsverhältnisse handelt. Letztlich liegt der Gedanke zugrunde, daß wir uns alle in einem Rechtsverhältnis mit dem Staat befinden. Dieses Rechtsverhältnis wird aber nicht in jedem einzelnen Fall relevant. Vielmehr kommt es bei den Fragen des Individualrechts gerade nicht auf dieses Rechtsverhältnis an.

Erkennt man, daß die im Formellen unterscheidende Subjektstheorie letztlich die Grundlage für die Unterscheidung Schmidt-Rimplers ist, so kann augenscheinlich die Kritik, die hier den materiellen Lösungsversuchen entgegengebracht wurde, nicht durchgreifen. Obwohl dies auf den ersten Blick kaum ersichtlich ist, muß die Unterscheidungslehre von Schmidt-Rimpler wegen ihrer Nähe zur Subjektstheorie als formelle Lehre angesehen werden.

Die Hauptschwierigkeit - dies gibt Schmidt-Rimpler selbst zu²⁷³ - besteht jedoch darin, den staatskörperschaftsrechtlichen vom individualrechtlichen Bereich abzugrenzen. Letztlich handelt es sich auch hier um eine Ansicht, die mit Hilfe der Staatsaufgaben die Frage zu beantworten versucht, wenn auch der mehr formelle Aspekt, nämlich die Beteiligung des Staates in seiner Eigenschaft als Staat, nicht übersehen werden kann. Dafür, daß es sich im Grunde doch um eine Unterscheidung nach Staatsaufgaben handelt, spricht die Argumentation Schmidt-Rimplers, es komme darauf an, ob der Staat die Daseinsvorsorge aus gleicher Zwecksetzung wie der bürgerliche Unternehmer vornehmen könne, insbesondere also zu Erwerbszwecken oder ob er sie in Erfüllung seiner Fürsorgeaufgabe erbringe²⁷⁴. Im Endeffekt muß auch Schmidt-Rimpler zu der "Vermutung" greifen, die bei typischen Versorgungsunternehmen für körperschaftlichen Charakter spricht²⁷⁵. Auch die Formulierung "Verhältnisse, die der Sache ... nach körperschaftsrechtliche sind, ..." ²⁷⁶ zeigt deutlich, daß der wesentliche Gedanke zur Beant-

273) Vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 695 r.Sp. bezogen auf das Wirtschaftsrecht; dieses Problem besteht aber in jedem Fall der Anwendung seiner Theorie

274) Vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 697 r.Sp.

275) Vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 697 r.Sp.

276) Vgl. Schmidt-Rimpler, a.a.O., Fn. 261), S. 697 r.Sp., unten

wortung der Frage nach der Zulässigkeit der Privatrechtsform nicht etwa die Unterscheidung in Staatskörperschaftsrecht und Individualrecht ist, sondern die Qualifizierung einer Aufgabe als staatliche Aufgabe. Voraussetzung für die formelle Unterscheidung Schmidt-Rimplers ist demnach notwendigerweise eine materielle Unterscheidung der Aufgaben. Daß eine solche Unterscheidung kaum möglich ist, wurde oben bereits gezeigt. Es wurde vor allem bemängelt, daß selbst bei klarer Isolierung einer Staatsaufgabe eine dogmatische Verknüpfung von Staatsaufgabe und öffentlichrechtlicher Handlungsform erforderlich ist und aus einer Staatsaufgabenlehre allein nicht gewonnen werden kann. Auch bei der Lehre von Schmidt-Rimpler ist eine derartige dogmatische Verknüpfung nicht ersichtlich.

Ergebnis:

Die Lehre von der Unterscheidung in staatskörperschaftliches und individualrechtliches Verhalten des Staates kann eine Beschränkung der Wahlfreiheit nicht begründen, weil auch sie von einer Staatsaufgabenlehre ausgehen muß und eine dogmatische Verknüpfung von Staatsaufgabe und öffentlichrechtlicher Handlungsform von dieser Lehre nicht angeboten wird.

5. Die Unterscheidung nach dem Handlungszweck

Fraglich ist, ob die Zwecke, die konkret mit der jeweiligen Verwaltungshandlung verfolgt werden, eine zwingende Zuordnung der Verwaltungshandlung zum öffentlichen oder privaten Recht ermöglichen. Unerheblich ist dabei, ob man wie die im Strafrecht von Welzel vertretene finale Handlungslehre den Handlungszweck als Teil der Handlung ansieht²⁷⁷ oder ob man mit der noch herrschenden kausalen Handlungslehre den Zweck als von der eigentlichen Handlung verschiedenes Merkmal sieht²⁷⁸. Bei beiden Ansichten müßte versucht werden, die öffentlichrechtlich zu verwirklichenden von den privatrechtlich zu verwirklichenden Zwecken zu trennen. Eine derartige Trennung ist nur möglich, wenn man materiell das notwendig öffentliche vom notwendig Privaten unterscheiden kann. Auch hier käme es also letztlich

277) Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969, S. 33 ff.

278) Vgl. z.B. Mezger-Blei, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, 1973, S. 60 (Vorauslage des von Blei in 17. Auflage herausgebrachten Werkes)

darauf an, die rein öffentlichen von den rein privaten Interessen zu scheiden bzw. die spezifisch staatlichen Handlungsbereiche von den spezifisch privaten Handlungsbereichen abzusetzen. Das wäre jedoch nur möglich unter Zugrundelegung einer umfassenden, möglichst lückenlosen Staatsaufgabenlehre, über die wir derzeit nicht verfügen. Nach welchen Kriterien die Zwecke des öffentlichrechtlichen Handlungsbereiches von denen des privatrechtlichen Handlungsbereiches zu unterscheiden wären, ist daher derzeitig kaum zu beantworten. Auch hier wäre eine mehr oder weniger einzelfallbezogene Problemorientierung die einzig denkbare Lösung. Dies aber sollte ultima ratio sein, zumal man sich dann auf den Bahnen der derzeit üblichen Rechtsprechung bewegen würde, die es ja gerade in geordnetere Bahnen zu lenken gilt.

Ergebnis:

Auch eine Einteilung der Handlungszwecke ist nicht geeignet, einen praktikablen Rechtssatz zu formulieren, der eine nachvollziehbare Beschränkung der Wahlfreiheit darstellt.

II. Der auf formelle Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Recht abstellende Lösungsversuch Pestalozzas (die hier sog. "Sonderrechtsthese")

Pestalozza versucht - das ist in der Tat neu und auf den ersten Blick erfolgversprechend - , die Wolff'sche Version der Subjektstheorie zur Begrenzung der Wahlfreiheit fruchtbar zu machen²⁷⁹. Ein wesentlicher Vorteil dieses Ansatzes besteht darin, daß die Subjektstheorie statt auf materielle Kriterien auf ein formelles Kriterium abstellt. Nicht der Inhalt, die sachliche Aussage einer Rechtsnorm, soll entscheidend sein, sondern die Tatsache, daß es gerade und ausschließlich ein Träger öffentlicher Gewalt ist, der durch die Norm berechtigt oder verpflichtet wird²⁸⁰. Jede Norm also, deren "Zuordnungssubjekt" in diesem eben umschriebenen Sinne ein Träger öffentlicher Gewalt ist, gehört danach dem öffentlichen Recht an. Eine wertende und damit notwendig vom subjektiven Eindruck des Entscheidenden abhängende Entscheidung, wie sie etwa bei der Unterscheidung

279) Vgl. Pestalozza, "Formenmißbrauch" des Staates, 1973, S. 166 ff.; ders., DöV 1974, 188 ff.; ders., JZ 1975, 51 ff., 53

280) Vgl. Wolff/Bachof I, § 22 II.c); Chr.F.Menger, in Festschrift für H.J.Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 149 ff., 160 f.

in staatskörperschaftliches und individualrechtliches Verhalten des Staates (Schmidt-Rimpler)²⁸¹ erforderlich ist, erübrigt sich.

Im einzelnen geht Pestalozza davon aus, daß bei der Wahl der Privatrechtsform - legt man die herrschende Meinung von der Wahlfreiheit zugrunde - eine "doppelte Subsumtion" erfolge²⁸². Zuerst müsse untersucht werden, welche "Rechtsordnung" - öffentliches oder privates Recht - gelte²⁸³. Erst in einem zweiten Schritt vollzieht Pestalozza die übliche Subsumtion unter die jeweilige Sachnorm. Pestalozza versucht, diese These am Beispiel des Handelsrechts zu erläutern. Ein Privatmann könne seinen Fall erst dann unter eine handelsrechtliche Norm subsumieren, wenn er festgestellt habe, daß das Rechtsgebiet "Handelsrecht" für ihn überhaupt gelte²⁸⁴.

Konsequenterweise sucht Pestalozza daher zuerst nach einer "Kollisionsnorm"²⁸⁵ oder "Kollisionsregel"²⁸⁶, die Auskunft darüber geben soll, welche der beiden "Rechtsordnungen" überhaupt gilt. Sie könne sich aus der jeweiligen Sachnorm, aber auch aus anderen, unter Umständen ungeschriebenen Normen ergeben.

Zutreffend hebt Pestalozza den Unterschied zwischen "Geltung" und "Eintreten der Rechtsfolge" hervor. Eine Norm kann gelten, auch ohne daß im konkreten Fall alle ihre tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen. Ist beispielsweise durch eine Verwaltungshandlung der Schutzbereich des Eigentumsrechts aus Art. 14 GG betroffen, liegt aber kein "Sonderopfer"²⁸⁷

281) Vgl. dazu oben S. 79 ff. dieser Untersuchung

282) Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 170 ff.; ders., DöV 1974, 189

283) Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 171

284) Vgl. Pestalozza, DöV 1974, 189; unrichtig ist jedoch die Bemerkung "Das HGB gilt für den Bürger A nur dann, wenn er Kaufmann ist", wie § 345 HGB zeigt. Ein weiteres Gegenbeispiel ist § 15 HGB. Auf den Rechtsschein im Sinne des § 15 HGB kann sich auch der Nichtkaufmann berufen.

285) Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 172; ders., DöV 1974, 189

286) Pestalozza, DöV 1974, 190

287) Vgl. zur Sonderopfertheorie die grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGH Z 6, 270 ff., 280 und die sehr übersichtliche Darstellung bei Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 20 ff.; Kreft, Aufopferung und Enteignung, 1968, S. 15 ff.; ders., in Festgabe für Bruno Heusinger, 1968, S. 167 ff., 173 f. und 177 ff. mit dem zutreffenden Hinweis (S. 173) darauf, daß sich die vom Bundesverwaltungsgericht vertretene "Schweretheorie" und die "Sonderopfertheorie" des BGH (auch "modifizierte Einzelaktstheorie" genannt) nicht ausschließen.

im Sinne des Enteignungsrechts vor, so ist an der Geltung des Art. 14 GG nicht zu zweifeln. Die Rechtsfolgen - etwa Schadensersatz auf Grund Art. 14 Abs. 3 GG - treten jedoch nicht ein.

Für die vorliegende Frage jedoch bringt diese Differenzierung - ungeachtet ihrer Richtigkeit - nichts entscheidend Neues, denn wenn die herrschende Meinung von der Wahl des öffentlichen oder privaten Rechts spricht, so bedeutet das nichts anderes als die erste Stufe der Subsumtion bei Pestalozza.

Wesentlicher für die vorliegende Untersuchung ist die auf der schon angesprochenen modifizierten Subjektstheorie von Hans Julius Wolff aufbauende "erste Kollisionsregel" Pestalozzas. Das öffentliche Recht sei das Sonderrecht des Staates und gelte für diesen daher zwingend. Der Staat müsse sich immer nach seinem Amtsrecht beurteilen lassen²⁸⁸. Da aus der Sonderrechtsthese aber nicht hervorgeht, ob die von ihr als öffentlichrechtlich qualifizierten Normen im konkreten Einzelfall gelten²⁸⁹, will Pestalozza die Sonderrechtsthese ergänzen, weil "in der Tat die Unterscheidung praktisch nutzlos" werde, "wenn sich der Staat seinem Sonderrecht beliebig entziehen könnte, ...". Sie müsse nicht nur die Frage nach dem Inhalt der fraglichen Norm, sondern auch nach ihrer Geltung beantworten²⁹⁰.

Kurz zusammengefaßt bedeutet die "erste Kollisionsregel" demnach: Immer, wenn im einzelnen Fall öffentliches Recht gilt, muß dieses Recht angewendet werden, so daß der Staat dann nicht auf die Rechtsformen des Privatrechts ausweichen darf.

Daraus entwickelt Pestalozza seine "zweite Kollisionsregel": Nur wo es an einer öffentlichrechtlichen Norm zur Regelung eines Sachverhalts fehle, an dem der Staat beteiligt sei, komme eventuell die Anwendung nicht öffentlichrechtlicher Rechtssätze in Betracht²⁹¹.

Der entscheidende Anknüpfungspunkt Pestalozzas ist die Sonderrechtseigenschaft des öffentlichen Rechts. Dieser Sonderrechtscharakter besteht auch nach der hier vertretenen Ansicht und soll daher grundsätzlich nicht in Frage gestellt werden. Er ist eine der wesentlichen in der modifizierten

288) Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 173; ders., DöV 1974, 190

289) so zutreffend Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 174

290) Vgl. zu allem "Formenmißbrauch", S. 174

291) "Formenmißbrauch", S. 175; DöV 1974, 191 unter VII.

Subjektstheorie aufgezeigten Erkenntnisse. Fraglich ist aber, ob man aus dem Sonderrechtscharakter den Schluß ziehen darf, der Staat müsse sich öffentlichrechtlicher Rechtsnormen bedienen, wenn solche vorhanden sind, und - was für das Formenwahlproblem von noch größerer Bedeutung ist - er müsse in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts handeln.

Ohne Zweifel darf eine öffentlichrechtliche Norm, die einen Sachverhaltstypus regelt, nicht einfach ignoriert werden, wenn ein Sachverhalt vorliegt, den der Gesetzgeber mit der Norm abdecken wollte. Ist eine öffentlichrechtliche Norm vorhanden, die nach der Intention des Gesetzgebers angewendet werden soll, so ist die Anwendung "zwingend" im Sinne von Pestalozza. Es gibt aber öffentlichrechtliche Rechtsnormen, die nicht unter allen Umständen gelten. Liegt eine solche Norm vor und handelt es sich konkret um einen Fall, in dem die Subsumtion ergibt, daß hier die Norm nicht angewendet zu werden braucht, so kann die Verwaltung rechtmäßigerweise von der Verwendung der Norm absehen. Zutreffend hält Wolff der Ansicht von Pestalozza entgegen, daß das öffentliche Recht nicht nur zwingende Rechtssätze enthalte, sondern daß es auch Handlungs- und Organisationsformen lediglich dispositiv bereitstelle²⁹², ohne daß - wie man hinzufügen kann - diese Normen ihren öffentlichrechtlichen Charakter verlieren. Aber selbst, wenn eine öffentlichrechtliche Norm "zwingend" im Sinne von Pestalozza ist, d.h. wenn sie, falls die Voraussetzungen vorliegen, angewendet werden muß, so folgt daraus noch nicht zwingend die Verpflichtung zur Verwendung öffentlichrechtlicher Handlungs- und Organisationsformen. Die scharfe Unterscheidung zwischen Geltung einer Norm und Benutzung bestimmter Rechtsformen zur Ausführung dieser Norm darf nicht einfach übergangen werden, wie es Pestalozza tut.

Zurückkommend auf Pestalozzas Ausgangsthese muß gefragt werden, was wirklich unter dem Sonderrecht des Staates zu verstehen ist. Um diese Frage zu beantworten, darf man nicht allein auf die Wortbedeutung des Wortes "Sonderrecht" abstellen. Vielmehr muß man sich vor Augen halten, welches inhaltliche Merkmal als das Besondere des öffentlichen Rechts anzusehen ist. Das Besondere in diesem Sinne ist nicht etwa die in jedem Fall zwingende Verwendung öffentlichrechtlicher Rechtsformen. Es ist vielmehr die

292) Wolff/Bachof I, § 22. c); ebenso Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1960, § 8, S. 100

Tatsache, daß durch öffentlichrechtliche Rechtsnormen notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet wird²⁹³. Daraus ergibt sich, daß es sich bei den Normen des öffentlichen Rechts um solche Normen handelt, die an einen Träger öffentlicher Gewalt gerichtet und damit diesem zugeordnet sind. Sieht man vom Sonderfall des beliebigen Unternehmers²⁹⁴ ab, dann sind unter dem Sonderrecht des Staates diejenigen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsnormen zu verstehen, deren sich nur der Staat bedienen darf, deren er sich aber (im Gegensatz zur Ansicht Pestalozzas) nicht in jedem Fall bedienen muß. Das Sonderrecht des Staates ist daher das Recht, dessen sich der Privatmann nicht bedienen darf. Nur in diesem Sinne gilt das öffentliche Recht ausschließlich für den Staat und kann man von einem "Sonderrecht" sprechen. Über die Frage, ob die öffentlichrechtlichen Rechtsnormen angewendet werden müssen und die davon zu unterscheidende Frage, ob zur Anwendung der Rechtsnorm öffentlichrechtliche Handlungs- und Organisationsformen zu verwenden sind, ist mit der Erkenntnis, daß Sonderrecht im obigen Sinne vorliegt, noch nichts gesagt²⁹⁵. Eine Verpflichtung der Träger öffentlicher Gewalt, öffentlichrechtliche Rechtsformen anzuwenden, folgt aus der Sonderrechtseigenschaft des öffentlichen Rechts nicht.

Die Ansicht Pestalozzas erinnert an die Versuche, den zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts im Gegensatz zur im Privatrecht geltenden weitgehenden Gestaltungsfreiheit als Hauptmerkmal zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht zu verwenden, wobei man ausgehend von einer im Zivilrecht bestehenden Verfügungsfreiheit von einer "Verfügungstheorie" spricht²⁹⁶. Gegen diese Überlegungen spricht bekanntlich, daß es freiwillig übernommene öffentlichrechtliche Pflichten gibt und auf der an-

293) Vgl. Wolff/Bachof I, § 22 II.c), S. 100; sehr anschaulich auch Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 8 II. unter Betonung des Merkmals "notwendig", "notwendigerweise"

294) Vgl. zum "Beliebigen" bzw. "beliebigen Unternehmer" Wolff/Bachof II, § 104 und Jellinek, Verwaltungsrecht, § 23 I, jeweils mit zahlr. Nachweisen; siehe auch die Besprechung der Entscheidung des VG Münster, NJW 1967, 171, von Steiner, JuS 1969, 69 ff.

295) So schon der BGH in seiner Entscheidung vom 13. Juli 1954 in BGH Z 14, 294 ff., 297

296) Vor allem Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Auflage, 1944, S. 17 ff.; ders. schon in Methode und System des Rechts, 1936 (Nachdruck 1971), S. 170 ff.

deren Seite zwingende Rechtssätze im Bereich des Zivilrechts²⁹⁷.

Die "erste Kollisionsregel" Pestalozzas muß daher abgelehnt werden. Da die "zweite Kollisionsregel" (die Regel von der subsidiären Geltung des Privatrechts) von der ersten abhängt, kann auch die "zweite Kollisionsregel" keine Geltung beanspruchen. Abgesehen davon würde die "zweite Kollisionsregel" zu der mißlichen Konsequenz führen, daß die Parlamente die Macht hätten, ohne ein gesetzgeberisches Tätigwerden der Verwaltung die Benutzung der Privatrechtsformen zu sichern. Sie brauchten nur in bisher nicht durch öffentlichrechtliche Normen des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts geregelten Bereichen eine öffentlichrechtliche Regelung bewußt zu unterlassen. Ob dem Gesetzgeber diese Macht zur "Regelung" durch gesetzgeberisches Unterlassen wirklich zusteht, begegnet erheblichen Bedenken. Auch der Ansicht von Pestalozza ist nicht zu folgen.

Ergebnis:

Mit Hilfe und unter Beachtung der Sonderrechtseigenschaft des öffentlichen Rechts läßt sich ebenfalls eine Beschränkung der Wahlfreiheit nicht begründen²⁹⁸.

297) Gegen die "Verfügungstheorie" mit sehr überzeugenden Argumenten Chr.F.Menger, a.a.O., Fn. 280, S. 157. Er weist darauf hin, daß diese Theorie "zu einer umfassenden Umgruppierung innerhalb der Rechtsordnung führen" würde, "da Teile des Zivilrechts, wie z.B. das Recht der unerlaubten Handlungen und zahlreiche Vorschriften des Sachenrechts, strikte Regelungen sind, die demzufolge dem öffentlichen Recht zugeschlagen werden müßten, während andererseits Teile des Verwaltungsrechts, z.B. die freiwillige Anstaltsnutzung, dem Privatrecht zuzuordnen wären".

298) Das bedeutet keinesfalls, daß die Subjektstheorie Hans Julius Wolffs generell für eine Lösung nicht mehr in Frage kommt. Siehe dazu unten § 9 dieser Untersuchung, S. 89 ff.

3. Teil Eigener Lösungsansatz

§ 9 Die ex ante angewandte modifizierte Subjektstheorie

Fraglich ist, ob die Subjektstheorie in anderer Weise, als es Pestalozza versucht, zur Einschränkung der Wahlfreiheit fruchtbar gemacht werden kann.

Dazu ist zunächst erforderlich, daß man sich genau vor Augen hält, was Wolff sagt. Nach einigen Angriffen aus der Literatur²⁹⁹ findet sich in dem heute von Bachof mitverantworteten Werk die derart geänderte Definition:

Öffentliches Recht "ist der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger öffentlicher Gewalt ist"³⁰⁰.

Weiter unten fügt Wolff erläuternd hinzu, öffentlich-rechtlich seien "diejenigen Pflichten, Rechte, Ansprüche und Rechtsverhältnisse, die sich aus einem Rechtssatz ergeben, der nicht jedermann (potentiell oder aktuell) verpflichtet und berechtigt, sondern notwendig nur einen Staat oder ein Subjekt verpflichtet oder berechtigt, das durch Staatsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielheit verpflichtet ist".

Kurz gesagt: Öffentlich-rechtlich sind diejenigen sich aus Rechtssätzen ergebenden Rechtsverhältnisse³⁰¹, an denen notwendig mindestens ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist³⁰², wobei es gleichgültig ist, ob der Hoheitsträger durch den Rechtssatz berechtigt oder verpflichtet wird.

299) Vgl. Bettermann, DVBl. 1958, 867 f. (Anm. zu BVerwG v. 7.11.1957, DVBl. 1958, 864 ff. = BVerwG E 5, 325 ff. - Auftragssperre der öffentlichen Hand); gegen Bettermann Menger, VerwArch Bd. 50 (1959), S. 193 ff., 198; vgl. auch die Einwände gegen die Wolff'sche Lehre bei Beinhardt, VerwArch Bd. 55 (1964), S. 210 ff., S. 242 f.; Zuleeg, Die Rechtsform der Subventionen, 1965, S. 31 ff., S. 33; Wagner, JZ 1968, 245 f. sowie Menger/Erichsen, VerwArch Bd. 59 (1968), S. 379

300) Wolff/Bachof I, § 22 II.c), S. 99

301) Gemeint sind außerdem die einseitigen Rechte und Pflichten, denen kein verpflichtetes bzw. berechtigtes Rechtssubjekt gegenübersteht

302) mit diesem Verständnis der Wolff'schen Subjektstheorie Bachof, Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR Bd. 83 (1958), S. 208 ff., S. 229 und ihm folgend Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 33

In dieser Definition geht es ausdrücklich nur um diejenigen Rechtsverhältnisse, die sich aus einem Rechtssatz ergeben. Gemeint ist natürlich ein existierender Rechtssatz. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb die Wolff-sche Sicht der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht nicht auch in der gesetzesfreien oder nicht gesetzesakzessorischen Verwaltung Geltung beanspruchen können soll. Deshalb ist Chr.F.Menger zuzustimmen, wenn er die von Wolff selbst für die sehr leidigen Fälle der Qualifizierung von Verträgen angebotene Lösung auf die Fälle des nicht gesetzesakzessorischen Verwaltungshandelns übertragen will³⁰³. Zur Beantwortung der Frage, ob ein Vertrag dem öffentlichen oder privaten Recht angehört, ist nach Wolff/Bachof - es sei noch einmal wiederholt - nicht auf den Gegenstand des Vertrages abzustellen³⁰⁴, sondern darauf, ob die im Vertrage getroffene Regelung, wäre sie normativ erfolgt, eine Norm des öffentlichen Rechts wäre³⁰⁵.

Folgerichtig führt Menger in Anwendung dieses Gedankens aus:

"Überlegt man nämlich im Falle des nicht gesetzesakzessorischen Verwaltungshandelns, wie ein Rechtssatz zu formulieren und einzuordnen wäre, der die von vielen als Lücke empfundene gesetzesfreie Verwaltungstätigkeit schließen und den Verwaltungsorganen für ihr bisher nicht gesetzesakzessorisches Handeln eine normative Grundlage geben würde, so kommt man zu dem zwangsläufigen Ergebnis, daß ein solcher Rechtssatz Sonderrechtssatz im Sinne der Wolff'schen Lehre sein mußte, weil er ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt bzw. deren Organe berechtigt oder verpflichtet."³⁰⁶

Es kommt danach für die Zuordnung der Akte nicht gesetzesakzessorischer Verwaltung allein auf die Rechtsqualität der in obiger Weise fingierten Rechtsnorm an. Will man die Rechtsnatur eines Vertrages feststellen, so ist dieser Ansatz von Wolff und Menger durchaus praktikabel, denn es bereitet keine Schwierigkeiten, die Regelung, die mit Hilfe eines Vertrages vorgenommen wurde, in einen (fingierten) Rechtssatz umzuformulieren.

303) Chr.F.Menger, a.a.O., Fn. 280), S. 165

304) So aber vor allem die Rechtsprechung - vgl. die Angaben in Fn. 97), S. 28 der vorliegenden Untersuchung

305) Vgl. die Angaben in Fußnote 106), S. 31 der vorliegenden Untersuchung

306) Menger, a.a.O., Fn. 280), S. 165

Vertrag und Rechtssatz sind insofern vergleichbar und damit gedanklich austauschbar, als beide bestimmte Rechtsfolgen aussprechen bzw. bestimmte Rechtswirkungen erzeugen.

Betrachtet man aber etwa den Fall der Subvention, so kommt man mit der Meinung von Wolff und Menger nicht weit genug. Die Qualifikationsversuche müssen quasi auf halbem Wege eingestellt werden. Es ist nämlich denkbar, daß der fingierte Rechtssatz ausschließlich die Kompetenz eines Trägers öffentlicher Gewalt ausspricht, unter bestimmten Voraussetzungen eine Subvention zu gewähren. Diese fingierte Rechtsnorm wäre ausweislich der Subjektstheorie öffentlichrechtlicher Natur, weil zur Gewährung einer Subvention - das ist dem Begriff der Subvention wesensimmanent - nur ein Träger öffentlicher Gewalt ermächtigt sein kann. Andernfalls würde es sich vielleicht um Zuwendungen unter Privaten, nicht aber um eine Subvention handeln. Hat man nun mit Hilfe des obigen Ansatzes die Rechtsqualität der fingierten Rechtsnorm ermittelt, so lassen sich daraus jedoch noch keinerlei Schlüsse auf die Handlungsform ziehen, mit der diese Subvention gewährt wird. Während im Falle des Vertrages die Handlungsform durch die Qualifizierung der fingierten Rechtsnorm implizit ebenfalls festgelegt wird, ist das im Falle der Subvention nicht möglich.

Da die Qualifizierung der fingierten Rechtsnorm nicht in allen Fällen zur Beantwortung der gestellten Frage nach der Handlungsform ausreicht, muß nach einem anderen Gegenstand gesucht werden, der auch in diesen Fällen eine Qualifizierung ermöglicht:

Insofern bietet sich ein Abstellen auf das Rechtsverhältnis an. Das Rechtsverhältnis braucht nicht fingiert zu werden. Gerade dieser Umstand läßt es brauchbar erscheinen für die Fälle der nicht gesetzesakzessorischen Verwaltung. Letztlich geht es bei den an dieser Stelle angestellten Überlegungen allgemein um die Frage nach dem Gegenstand der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht³⁰⁷. Daß Rechtsnormen "geeigneter und not-

307) Vgl. dazu vor allem die Untersuchung von Ernst Wolf, Zur Methode der Bestimmung von privatem und öffentlichem Recht, in Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, 1962, S. 1 ff.; ders., allgemein zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht in Allg. Teil des bürgerlichen Rechts, § 5, S. 185 ff., S. 189 f.; vgl. auch die gegenüber der alleinigen Verwendung von Rechtsnormen als Unterscheidungsgegenstand (so H.J. Wolff) sehr kritischen Bemerkungen von Zuleeg, Die Rechtsform der Subventionen, 1965, S. 33

wendiger Gegenstand der Unterscheidung" sind³⁰⁸, ist mit Hans Julius Wolff und Ernst Wolf zu bejahen³⁰⁹. Ist jedoch keine Rechtsnorm vorhanden, besteht aber trotzdem eine rechtliche Beziehung, so ist diese Beziehung der einzige erkennbare und damit qualifizierbare Gegenstand³¹⁰. Deshalb sind nicht nur die Rechtsnormen, sondern auch die Rechtsverhältnisse Gegenstände der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht.

Stellt man in Rechnung, daß sich im Bereich des öffentlichen Rechts aus existierenden (und fingierten) Rechtssätzen außer Rechtsverhältnissen auch objektive Berechtigungen und Verpflichtungen ohne korrespondierende subjektive Rechts- und Pflichtenstellung ergeben können³¹¹, so ergibt sich aus dem oben Gesagten folgendes Verständnis der Wolff'schen Subjektstheorie:

Jede Rechtsnorm, die notwendig einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet, ist öffentlichrechtlicher Natur. Außerdem ist jedes Rechtsverhältnis, an dem notwendig zumindest ein Beteiligter ein Träger öffentlicher Gewalt ist, öffentlichrechtlicher Natur³¹².

Fraglich ist nunmehr, ob die auf diese Weise umformulierte Subjektstheorie wirklich geeignet ist, die Wahlfreiheit zu beschränken. Halten wir uns als Ausgangspunkt noch einmal kurz die Ansicht von Pestalozza vor Augen.

308) So Ernst Wolf, in Festschrift für Molitor, S. 14

309) zu H.J.Wolff siehe oben; zu Ernst Wolf siehe Fn. 308)

310) Ähnlich schon Zuleeg, a.a.O., Fn. 307), S. 33, der jedoch zu weit geht, wenn er sagt, für die Bestimmung der Rechtsverhältnisse sei es mißlich, an die anzuwendende Rechtsnorm anzuknüpfen. Es gibt Rechtsverhältnisse, die unmittelbar durch eine Rechtsnorm hervorgerufen werden, somit also zwingend die Rechtsnatur der zugrundeliegenden Rechtsnorm teilen.

311) im Gegensatz zum Privatrecht, wo "aus einer bloßen Verpflichtungsnorm mit Sicherheit auf die entsprechende Berechtigung geschlossen werden kann" - so zutr. Wolff/Bachof I, § 43 I.b) 1.

312) Vgl. auch die Entsch. des BVerwG vom 28.11.1974, E 47, 229 ff., 231, wo der V.Senat darauf abstellt, daß Kostenschuldner für das Arzthonorar nach § 50 JugendschutzG nur das Land sei. Diese Entscheidung ist insofern beachtenswert, als sie - soweit ersichtlich - das erste Mal kompromißlos ohne Auseinandersetzung mit den früheren Theorien auf das Merkmal der notwendigen Beteiligung abstellt.

Die Hauptthese Pestalozzas ist: Der Staat muß öffentlichrechtliche Rechtsnormen anwenden, wenn solche Normen zur Regelung eines Sachverhaltes vorhanden sind³¹³. Der Fehler dieser Ansicht ist die mangelnde Differenzierung der Rechtsnatur von Rechtsnorm und Handlungsform, denn aus der Tatsache, daß eine Norm dem öffentlichen Recht angehört, folgt nicht zwingend, daß auch die Handlung zur Erfüllung dieser Rechtsnorm notwendig öffentlichrechtlich zu beurteilen ist. Für die üblicherweise gestellte Frage nach dem Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht ist ein Abstellen auf die Rechtsnorm - sei es eine tatsächlich existierende oder eine in obiger Weise fingierte - durchaus sinnvoll und nützlich. Für die Frage der Wahlfreiheit aber kann die Rechtsnatur der Rechtsnorm nicht entscheidend sein, denn hier kommt es gerade darauf an, die Verwaltungshandlung zu qualifizieren. Die Rechtsnatur der Verwaltungshandlung hängt zwar häufig, aber nicht notwendig von der Rechtsnatur einer zugrundeliegenden Rechtsnorm ab. So ist im oben gegebenen Beispiel der Subvention mit der Qualifizierung der fingierten Rechtsnorm noch nichts über die Rechtsform des die Rechtsnorm ausführenden Verwaltungshandelns gesagt.

Will man die Subjektstheorie als eine die Wahlfreiheit beschränkende These erkennen, so muß geklärt werden, ob sie geeignet ist, vor der Durchführung einer Verwaltungshandlung (ex ante) angewandt zu werden, oder ob ihre Wirkung sich auf die nachträgliche Beurteilung schon bestehender Rechtsverhältnisse, Verpflichtungen und Berechtigungen (ex-post-Anwendung) beschränkt. In letzterem Sinne will wohl Hans Julius Wolff selbst seine Theorie verstanden wissen, wenn er ausführt:

"Auch Staaten und andere Träger öffentlicher Verwaltung sind insoweit Subjekte des Privatrechts, als sie sich derselben Rechtssätze bedienen, die für alle Rechtspersonen gelten oder Tatbestände verwirklichen, die von jedermann ebenso verwirklicht werden können. Sie sind jedoch Subjekte des öffentlichen Rechts, insoweit sie sich eines ihnen eingeräumten oder auferlegten Sonderrechts bedienen oder Tatbestände verwirklichen, die so nur von Trägern oder anderen Subjekten hoheitlicher Gewalt verwirklicht werden können."³¹⁴

313) Vgl. Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 175 und passim

314) Vgl. Wolff/Bachof I, § 22 II.c), S. 100

Noch deutlicher ist die Beschränkung der Subjektstheorie auf die nachträgliche Beurteilung aber daraus zu schließen, daß Wolff die Wahlfreiheit ausdrücklich anerkennt³¹⁵.

Die generelle Bejahung der Wahlfreiheit ist jedoch vom Standpunkt der Subjektstheorie aus inkonsequent, denn es kann für die zwingende Zugehörigkeit einer Rechtsnorm oder eines Rechtsverhältnisses keinen Unterschied machen, ob man die Rechtsnorm angewendet hat oder (noch) nicht bzw. ob das Rechtsverhältnis schon entstanden ist oder nicht. Hat sich ein Verwaltungsbeamter für die Eingehung eines bestimmten Rechtsverhältnisses entschieden, so kann er ohne besondere Schwierigkeiten dieses gedachte Rechtsverhältnis an Hand der Subjektstheorie auf dessen Rechtsnatur hin untersuchen. Kommt er zu dem Schluß, daß an dem zukünftigen Rechtsverhältnis notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist, bzw. daß auf Grund einer rein objektiven Berechtigung oder Verpflichtung nur ein Träger öffentlicher Gewalt handeln kann, so muß die geplante Verwaltungshandlung eine öffentlichrechtliche sein.

Diese Schlußfolgerung verneinen hieße die Gültigkeit der Subjektstheorie verneinen. Man fiel dann unweigerlich in jenes Stadium wissenschaftlicher Auseinandersetzung zurück, in dem man mehr oder weniger systemlos allein mit Hilfe reiner Wertung die Frage nach der Rechtsnatur beantwortete und - gleichsam als Alibi - die Abgrenzungstheorien zur Untermauerung des präjudizierten Ergebnisses benutzte³¹⁶.

Es ist geradezu widersprüchlich - das sei nochmals betont - , ein Rechtsverhältnis nach erfolgter Verwaltungshandlung unter Zugrundelegung der Subjektstheorie zwingend als öffentlichrechtlich zu bezeichnen und vor erfolgter Verwaltungshandlung darauf zu bestehen, daß die öffentlichrechtliche Rechtsnatur nicht zwingend gegeben sei, sondern die Verwal-

315) Vgl. Wolff/Bachof I, § 23 I.a) und passim

316) So aber Ischira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, S. 39, die vorschlagen, Subjekts- und Subjektionstheorie zu kombinieren und die Subjektionstheorie zu einer "groben 'Vor-Abschichtung'" zu benutzen. Für die Kombination der Theorien auch Siebert, a.a.O., Fn. 19), S. 217; so auch Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 97; dazu Zuleeg, a.a.O., Fn. 307), S. 34 f. und Menger, a.a.O., Fn. 280), S. 163 f.; Menger bezeichnet dieses Vorgehen als "Methodensynkretismus", der "einer petitio principii bedenklich nahe" komme.

tung hier eine Freiheit der Formenwahl habe³¹⁷. Diese Inkonsequenz erkennt auch Pestalozza, wenn er sagt, man habe der Wolff'schen Theorie nicht zu Unrecht vorgehalten, daß sie keinen Aufschluß über die Frage gebe, wann öffentliches Recht gelte³¹⁸. Aber auch Pestalozza stellt nicht auf das Wesentliche, nämlich auf die zwingende Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt, ab, sondern auf die Geltung öffentlichrechtlicher Normen. Daß es in unserem so sehr auf den Rechtsschutz ausgerichteten Rechtssystem nicht hauptsächlich von der Existenz einer Rechtsnorm abhängen darf, ob und welcher Rechtsschutz möglich ist, zeigen die einschlägigen Kommentierungen zu unseren Rechtswegregelungen; es wird dort entscheidend auf das Rechtsverhältnis als das für die Beantwortung der Rechtswegfrage maßgebliche Kriterium abgestellt³¹⁹.

Mit einer zwingenden Festlegung des Rechtsverhältnisses vor Durchführung der Verwaltungshandlung wird die auftauchende Gefahr der willkürlichen Rechtswegbestimmung durch die Verwaltung beseitigt. Gerade weil die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses den Rechtsweg bestimmt, läge es allein bei der Verwaltung, den vom Bürger einzuschlagenden Rechtsweg zu bestimmen; die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses würde sich danach richten, welches Rechtsgebiet die Verwaltung für das Rechtsverhältnis ausgewählt hat. Bisher ist es noch nicht gelungen, die Befugnis der Verwaltung zur Rechtswegbestimmung dogmatisch zu belegen. Deshalb bleiben starke Zweifel an dieser Befugnis bestehen³²⁰.

317) Ähnlich auch Bosse, Verwaltungsvertrag, wenn er S. 26 in Bezug auf die Rechtsnorm ausführt, die Unterscheidung zwischen beiden Rechtsgebieten sei eine rechtssystematische des objektiven Rechts. Nur der Gesetzgeber könne bestimmen, ob eine Norm öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei. Die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht könne niemals zur Disposition der Verwaltungsbehörden gestellt werden.

318) Vgl. Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 174 mit weiteren Nachweisen

319) Vgl. Eyermann/Fröhler, Rdnr. 1 zu § 40 VwGO; Redeker/von Oertzen, Rdnr. 6 zu § 40 VwGO; Kopp, Anm. 2. zu § 40 VwGO; Thomas/Putzo, Anm. 4 zu § 13 GVG - jeweils mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur; siehe auch Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 5 Anm. 1 unter Verwendung der Worte "rechtliche Beziehungen"; Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 3 Anm. 3.b)

320) Zu den Nachteilen, die dem Bürger durch die Wahlfreiheit entstehen können, vgl. § 7, S. 44 ff. der vorl. Untersuchung

Aus allem ergibt sich, daß ein Rechtsverhältnis, welches zur Entstehung gebracht werden soll, immer dann öffentlichrechtlicher Natur ist, wenn an ihm notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist. Entsprechendes muß für das Handeln auf Grund reiner Berechtigung (Kompetenz) oder Verpflichtung gelten. Ist der Handelnde notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt, so hat die Handlung in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts zu erfolgen.

Das führt zu dem Grundsatz:

Eine Verwaltungsbehörde handelt stets öffentlichrechtlich, wenn sie als Trägerin öffentlicher Gewalt notwendig an einem in der Zukunft entstehenden Rechtsverhältnis beteiligt ist bzw. wenn nur sie das auf Grund einer Berechtigung oder Verpflichtung handelnde Rechtssubjekt sein kann.

Weiterhin muß die zu qualifizierende Handlung dem Rechtsverhältnis bzw. der Verpflichtung oder Berechtigung zuzurechnen sein. Eine Handlung ist dann einem Rechtsverhältnis zuzurechnen, wenn sie das Rechtsverhältnis unmittelbar - d.h. ohne Zwischenschaltung eines weiteren Kausalgliedes - zum Entstehen bringt, es ändert oder beendet bzw. den Inhalt des Rechtsverhältnisses ausführt. Letzteres ist zum Beispiel dann gegeben, wenn mit der Handlung ein öffentlichrechtlicher Vertrag oder eine per Verwaltungsakt auferlegte Verpflichtung erfüllt wird. Auf den Sonderrechtscharakter etwa existierender öffentlichrechtlicher Rechtsnormen kommt es dabei primär nicht an. Das Privatrecht darf von der Verwaltung nicht schon dann angewendet werden, wenn es eine den Sachverhalt betreffende öffentlichrechtliche Norm nicht gibt³²¹. Eine so verstandene Subsidiarität des Privatrechts muß abgelehnt werden. Vielmehr ist das Privatrecht prinzipiell anwendbar, wenn an dem zukünftigen Rechtsverhältnis nicht notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist, sondern wenn dieses Rechtsverhältnis ebenso von Privatleuten zur Entstehung gebracht werden kann. Entsprechend darf Privatrecht verwendet werden, wenn auf Grund einer Berechtigung oder Verpflichtung nicht notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt das handelnde Rechtssubjekt sein muß³²².

321) So aber Pestalozza, a.a.O.

322) Das alles gilt abgesehen vom Sonderfall des "beliehenen Unternehmers" - zu diesem Problemkreis siehe die umfangreiche Untersuchung von U. Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975

Die Kernfrage ist nach allem die Frage der notwendiger Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt. Sie ist problemlos zu beantworten, wenn eine Rechtsnorm die unmittelbare Beteiligung eines Gewaltträgers vorschreibt. Insofern ist auch nach der hier vertretenen Ansicht das Vorliegen einer Rechtsnorm von Nutzen. Liegt hingegen keine Rechtsnorm vor, so ist die gestellte Frage an Hand anderer Kriterien zu beantworten, insbesondere aus der Sicht einer Staatsaufgabenlehre. Im Gegensatz zur oben abgelehnten allein das Vorliegen einer Staatsaufgabe als Anknüpfungspunkt verwenden- den Auffassung wird hier in der Subjektstheorie das formale Band zwischen Staatsaufgabe und öffentlichrechtlicher Handlungsform gesehen.

Der Staat darf grundsätzlich die Erfüllung von Aufgaben übernehmen, wie oben bereits festgestellt wurde³²³. Tut er dies, so entsteht zwischen ihm und dem Bürger eine Verbindung, falls es sich um eine bürgerbezogene Aufgabe handelt. Selbst wenn der Bürger keinen Anspruch auf Erfüllung der Aufgabe haben sollte, existiert zwischen ihm und dem Staat ein Verhältnis, das sich auf diese Verpflichtung bezieht, mithin ein Rechtsverhältnis. An diesem Rechtsverhältnis ist der Staat notwendig beteiligt, so daß es als öffentlichrechtlich zu qualifizieren ist.

Ob der Staat sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung eines Privatrechtssubjektes als Erfüllungsgehilfen bedient oder selbst die Erfüllung durchführt, ist gleichgültig, denn er kann sich seiner durch Übernahme in den staatlichen Aufgabenbereich entstandenen Herrschaftsstellung nicht einfach dadurch entledigen, daß er die tatsächliche Erfüllung der Aufgabe delegiert. Ihn trifft folglich zumindest eine öffentlichrechtliche Garantieflicht³²⁴.

Richtet eine Gemeinde zum Beispiel einen Kindergarten ein, so übernimmt sie die Befriedigung eines Bedürfnisses der Bevölkerung in den Bereich ihrer öffentlichen Aufgaben, so daß dem Bürger nunmehr notwendig die Gemeinde als Trägerin öffentlicher Gewalt gegenübersteht, soweit es die Kin-

323) Siehe oben § 8 I.1. S. 60 ff. und die dort gegebenen Nachweise

324) ähnlich Ossenbühl unter Verwendung des Begriffs "Garantenstellung", DVBl. 1973, 294 und Püttner unter Verwendung des Begriffs "Einwirkungspflicht", DVBl. 1975, 353 ff. - eingehender zur Garantieflicht unten § 11 II.1. und II.2. (S. 123 ff., 125, und S. 129 ff., 134)

dergartennutzung betrifft und somit insofern das zwischen Gemeinde und Bürger zustande kommende Rechtsverhältnis öffentlichrechtlicher Natur ist³²⁵. Dieses Garantieverhältnis betrifft folgerichtig nicht nur die Frage des "ob" der Leistungsgewährung, sondern auch die Frage des "wie". Es ist die wesentliche, alles übergreifende rechtliche Beziehung, der gegenüber die eventuell entstehende Beziehung zu einem als Erfüllungsgelhilfen eingesetzten privatrechtlich organisierten Kindergartenträger keine entscheidende Bedeutung zukommt. Nicht gefolgt werden kann dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof, der die Frage des "ob" der Leistungsgewährung, also die Frage der Zulassung zur Benutzung als zwingend öffentlichrechtlich ansieht, jedoch die Ausgestaltung - das "wie" - der Benutzung als nach wie vor privatrechtlich regelbar bezeichnet³²⁶.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß dann, wenn keine Rechtsnormen vorliegen, die die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses ermöglichen, allein die Übernahme in den staatlichen bzw. öffentlichen Aufgabenbereich die öffentlichrechtliche Rechtsnatur der Bürger-Staat-Beziehung begründet.

Diese Grundsätze müssen aber auch dann gelten, wenn überhaupt keine Beziehung entsteht, sondern eine Aufgabe lediglich gegenüber der Allgemeinheit zur Erfüllung übernommen wird. Mit Übernahme in den öffentlichen Aufgabenbereich wird ein Träger öffentlicher Gewalt das verpflichtete Rechtssubjekt. Diesen Gewaltträger trifft nunmehr die notwendig öffentlichrechtliche Verantwortlichkeit für die Erfüllung der Aufgabe. Nur er ist jetzt der Verpflichtete aus der durch Aufgabenübernahme entstandenen Rechtspflicht. Dies hindert ihn freilich nicht daran, die Aufgabe wieder vollständig aus seinem Verantwortungsbereich auszuschneiden. Dann handelt es sich aber nicht mehr um eine Staatsaufgabe. Dies könnte zum Beispiel praktisch werden, wenn tatsächlich - wie vielfach gefordert - die Müllabfuhr (wieder) in alleiniger Verantwortung und mit autonomer Preisgestaltung von Privatunternehmen durchgeführt würde³²⁷. Bleibt aber, wie der-

325) a.A., ausgehend von der überholten Wahlfreiheitsthese, OLG Celle, Ur t. v. 15.4.1977, NJW 1977, 1295, und Bad.-Württ.VGH, BeschT. v. 8.5.1978 - I 1383/75 - DöV 1978, 569 ff.

326) HessVGH, Beschl. v. 28.9.1976 - V N 3/75 - , NJW 1977, 452; a.A. auch OVG Lüneburg, Ur t. v. 26.8.1976 - III OVG A 137/74 - , NJW 1977, 450

327) Vgl. allgemein zu diesem Problemkreis Reuß, DVBl. 1976, 929 ff.; Tiemann, BayVBl. 1976, 261 ff.

zeit überall, die Gemeinde Trägerin der Müllabfuhraufgaben, so ist das gemeindliche Tätigwerden öffentlichrechtlicher Natur, auch wenn die Gemeinde sich privater Abfuhrunternehmen bedient.

Ist es jedoch nicht möglich, eine Aufgabe als Staatsaufgabe zu qualifizieren, so kommt man auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht umhin, den nötigen Zuordnungszusammenhang mit bestehenden öffentlichen Aufgaben anhand von anderen, zum Teil von Rechtsprechung und Literatur heute schon verwendeten Gesichtspunkten herzustellen. Man denke etwa an das Kriterium des Sachzusammenhangs bei der Qualifizierung von Realakten. Geschieht der Realakt im notwendigen Zusammenhang mit der hoheitlichen (= öffentlichrechtlichen) Erfüllung einer Aufgabe, so ist er dem öffentlichen Recht zuzurechnen³²⁸. Wenn es sich bei der Qualifizierung von Realakten auch nicht unmittelbar um ein Problem der Wahlfreiheit handelt, so zeigt dieses Beispiel doch exemplarisch, wie im konkreten Fall vorgegangen werden muß, falls die Anwendung der Subjektstheorie (in Verbindung mit der jeweiligen Staatsaufgabe) prinzipiell das Vorliegen bzw. die Benutzung privatrechtlicher Rechtsformen nicht ausgeschlossen hat.

§ 10 Staat, Gemeinde und Gemeindeverband als in der Wahl gebundene Rechtssubjekte

Im Folgenden geht es um die Frage, wer durch die hier vertretene Ansicht in seiner bisher durch die herrschende Meinung als gegeben erachteten Wahlfreiheit beschränkt wird. In Frage kommen im wesentlichen die Exekutivorgane von Bund, Ländern, Gemeinden und Gemeindeverbänden auf der einen Seite und deren mit der Setzung objektiven Rechts betraute Entsprechungen, die jeweiligen Rechtsetzungsorgane, auf der anderen Seite³²⁹.

Daß gerade die Verwaltungen sich nicht aus eigener Machtvollkommenheit über die hier dargestellte Gesetzmäßigkeit hinwegsetzen dürfen, ist eines der Hauptergebnisse der vorliegenden Untersuchung. Weitere Erläuterungen

328) siehe etwa BGH Z 29, 38 ff., 42 f.; 42, 176 ff.; 49, 267 ff., 272

329) Die folgenden Ausführungen gelten mutatis mutandis auch für die übrigen dem Formenwahlproblem ausgelieferten Rechtssubjekte, etwa genossenschaftlich organisierte Verbände wie Berufsverbände, Deichverbände, Wasser- und Bodenverbände, natürlich ebenso für sonstige öffentlichrechtliche Körperschaften und selbständige Anstalten.

erübrigen sich daher insofern an dieser Stelle.

Wie schon oben angedeutet, dürfen die Verwaltungen in die Rechtsformen des Privatrechts ausweichen, wenn eine entsprechende Regelung dies ausdrücklich gestattet und diese Regelung rechtmäßig ist, bzw. wenn auf Grund des hier vertretenen Lösungsansatzes die Wahlfreiheit als gegeben angesehen werden muß³³⁰. Das Kernproblem liegt demzufolge darin, wer gegebenenfalls dazu befugt ist, den Verwaltungen die Verwendung von Privatrechtsformen zu eröffnen, obwohl der hier vertretene Lösungsansatz die Wahlfreiheit verneinen ließ.

Es geht also konkret darum, ob Staat, Gemeinde oder Gemeindeverband mit Hilfe ihrer parlamentarischen Rechtsetzungsorgane die Wahlfreiheit wiederherstellen oder sogar die zwingende Verwendung von privatrechtlichen Rechtsformen festlegen dürfen.

I. Bundesgesetzgeber

Betrachtet man zuerst den Bundesgesetzgeber, so kann gefragt werden, ob er durch die Verfassung zur Beachtung des Unterschieds zwischen öffentlichem und privatem Recht angehalten wird oder ob er sich auf Grund und im Rahmen seines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums darüber hinwegsetzen kann. Wenn auch der Unterschied zwischen beiden Rechtsgebieten von der Verfassung vorausgesetzt wird³³¹, zum Beispiel in Art. 33 Abs. 4 oder in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG, so kann doch der Verfassung nicht entnommen werden, daß der Bundesgesetzgeber zwingend an diesen Unterschied gebunden wäre. Die Befolgung der Subjektstheorie in der hier vertretenen Form würde zwar zur Rechtsklarheit und zur Rechtsvereinheitlichung beitragen, so daß man sagen kann: Der Gesetzgeber sollte sich möglichst an diese Regel halten. Eine entsprechende Verpflichtung läßt sich aber nicht begründen.

Das bedeutet im Ergebnis:

Der Bundesgesetzgeber braucht sich bei der Setzung von Recht nicht an die Subjektstheorie und damit auch nicht an die hier vertretene Regel zur Be-

330) Ein Beispiel für letzteres bilden die Hilfsgeschäfte der Verwaltung

331) Vgl. Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, S. 39; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 92 Fußnote 73; Menger, a.a.O., Fn. 280), S. 150

schränkung der Wahlfreiheit zu halten. Er kann zum Beispiel bestimmen, daß trotz der notwendigen Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt an einem Rechtsverhältnis dieses Rechtsverhältnis privatrechtlicher Natur sein soll. Wenn sich ein Gesetzgebungsorgan bei Vorliegen entsprechender sachlicher Gründe mit Hilfe einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung über bisher geltendes Gewohnheitsrecht hinwegsetzen darf, dann muß es auch den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht unbeachtet lassen können.

Letzten Endes ist diese Schlußfolgerung aber eine Konsequenz der sehr einheitlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³³², wonach der Raum gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit grundsätzlich sehr weit ist³³³. Für dieses Ergebnis spricht auch, daß durch die Formenregelung bezüglich des jeweiligen Verwaltungsbereichs entweder öffentlichrechtliches oder privatrechtliches Verwaltungshandeln im gesamten Bundesgebiet einheitlich festgelegt wird. Das ist bedeutsam im Hinblick auf Art. 3 GG, der hier herangezogen zu werden verdient, weil die Rechtswirkungen der Wahl privatrechtlicher Rechtsformen - wie oben gezeigt³³⁴ - durchaus nachteilig sein können.

II. Landesgesetzgeber

Läßt sich die gestellte Frage in Bezug auf den Bundesgesetzgeber noch relativ leicht beantworten, so tauchen Zweifel auf, wenn man die gleiche Problematik in Bezug auf den Landesgesetzgeber untersucht, weil die Bejahung der Frage die Gefahr einer bundesweiten Uneinheitlichkeit der Verwendung von Handlungsformen bei gleichgelagerten Sachverhalten eröffnet.

Problematisch ist auch, ob durch eine die hier vertretene Lösung unbe-

332) Vgl. etwa BVerfG E 3, 162 ff., 182; 10, 354 ff., 371; 13, 356 ff., 361 f.; 14, 221 ff., 238; 21, 73 ff., 78; 27, 111 ff., 127 f.; 38, 225 ff., 229; 38, 241 ff., 253; 39, 210 ff., 231 - zum gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 229 f.

333) Das Bundesverfassungsgericht darf allerdings nur die äußersten Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit nachprüfen - vgl. z.B. BVerfG E 27, 127 f.

334) Siehe oben § 7, S. 44 ff.

achtet lassende Landesgesetzgebung in das verfassungsrechtlich gewährleistete kommunale Selbstverwaltungsrecht³³⁵ eingegriffen würde³³⁶. Da die Anwendung der privat- oder öffentlichrechtlichen Rechtsformen nach herrschender Auffassung darüber mitentscheidet, ob die pflichtwidrige Verwaltungshandlung nach den Grundsätzen der Fiskalhaftung des Staates (§§ 823 ff. BGB, aber auch § 839 BGB) oder nach denen des Staatshaftungsrechts (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) zu beurteilen ist³³⁷, wird mit der Wahl der Handlungsform der jeweils nicht korrespondierende Haftungsbereich (Fiskal- oder Staatshaftung) von vornherein ausgeschlossen. Handelt der Amtswalter auf Anweisung des Gesetzgebers öffentlichrechtlich, dann kommt eine Fiskalhaftung nicht mehr in Frage. Handelt er privatrechtlich, so scheidet eine Staatshaftung aus. Kommt aber bei öffentlichrechtlichem Staatshandeln eine Fiskalhaftung nicht mehr in Frage, dann fällt auch die Möglichkeit fort, eine privatrechtliche Pflicht zu verletzen. Umgekehrt scheidet bei privatrechtlichem Handeln die Möglichkeit aus, daß es sich um die Verletzung einer öffentlichrechtlichen Pflicht handelt.

Hier drängt sich natürlich die Frage auf, wie es vor sich gehen mag, daß eine bestehende, also rechtlich bereits wirkende Pflicht durch den Erfüllungsakt die Rechtsnatur wechselt. Dieser "dogmatische Sprung" ist jedoch unvermeidlich, wenn man als entscheidendes Unterscheidungskriterium zwischen Fiskal- und Staatshaftung die Rechtsnatur der pflichtwidrigen Verwaltungshandlung ansieht. Dies zeigt einmal mehr, wie reformbedürftig unser Staatshaftungsrecht ist. Bis zum Inkrafttreten der Neuregelung wird man aber ohne die oben aufgezeigte Inkonsequenz nicht auskommen können.

Eine durch den Erfüllungsakt hervorgerufene Pflichtenübertragung durch den Gesetzgeber von dem einen in den anderen Rechtskreis kann jedoch unzulässig sein, wenn darin ein Eingriff in die zum kommunalen Selbstverwaltungsrecht gehörende Organisationskompetenz³³⁸ der Kommunen liegt.

336) Diese Frage ist natürlich auch in Bezug auf die Bundesgesetzgebung von Relevanz, da theoretisch auch durch sie ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht möglich ist.

337) Vgl. z.B. Wagner, Amts- oder Fiskalhaftung, JZ 1968, 245; siehe auch die weiteren Nachweise in § 7 III. 2., S. 53 ff.

338) Vgl. Bartlsperger, DVBl. 1973, 465 ff., 469 in Bezug auf die Befugnis des Landesgesetzgebers, die Verkehrssicherungspflicht als Hoheitspflicht zu kodifizieren

Warum aber sollten Landesgesetze, die eine derartige Pflichtenübertragung regeln, anders zu beurteilen sein, als alle anderen ohne Zweifel zulässigen Landes- und Bundesgesetze, die Amtspflichten begründen³³⁹. Sie verletzen das kommunale Selbstverwaltungsrecht genauso wenig wie jedes andere Gesetz zur Festlegung kommunaler Pflichtaufgaben³⁴⁰.

Als Ergebnis ergibt sich daher, daß auch der Landesgesetzgeber den hier vertretenen Lösungsvorschlag unbeachtet lassen darf.

III. Gemeindevertretung

Betrachtet man die gestellte Frage in Bezug auf die Gemeinde, so ergibt sich, daß nur eine satzungsmäßige Regelung der zu verwendenden Handlungsform in Frage kommt, da das rechtsetzende Organ der Gemeinde, die Gemeindevertretung, nur objektives Recht in Form von Satzungen setzen kann.

Auszugehen ist daher von Begriff und Wesen der öffentlichrechtlichen Satzung. Unter Satzungen werden allgemein die Rechtsetzungen eigenständiger, dem Staate eingeordneter Verbände wie Gemeinden, Gemeindeverbände, Genossenschaften, Universitäten und Fakultäten zur Regelung ihrer eigenen (also nicht unmittelbar staatlicher) Angelegenheiten verstanden³⁴¹. Danach kommt es darauf an, ob es wirklich zu den "eigenen Angelegenheiten"

339) Vgl. etwa die Regelung des § 10 Hess.Straßengesetz (Straßenreinigungspflicht der Gemeinden) - wie hier speziell zum Problemkreis der Verkehrssicherungspflicht Bartlsperger, DVBl. 1973, 469; ähnlich Nedden, DVBl. 1974, 253 ff., 256 unter Berufung auf Wussow, BB 1967, 353 ff., 355

340) Siehe Bartlsperger, DVBl. 1973, 469

341) So Wolff/Bachof I, § 25 IX.a)1.; weiterhin BVerfG E 10, 20 ff., 49 f.; 33, 125 ff., 156 (Facharzt-Beschluß); Forsthoff, Allg.VerwR., § 7 Anm. 4., S. 141 ff.; Ossenbühl, in Erichsen/Martens, Allg.VerwR., S. 90, der in Fn. 135) unter Berufung auf BVerwG E 6, 247 ff., 252 (u.a.) zutr. darauf hinweist, daß die gemeindliche Satzungsautonomie schon aus Art. 28 Abs. 2 GG folgt; so auch Stern in Bonner Kommentar, Rdnr. 105 zu Art. 28 GG; Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdnr. 35 zu Art. 28 GG; Wolff/Bachof II, § 86 VII.c)1.; die Gegenmeinung von Conrad, BayVBl. 1970, 384 (m.w.N.) u.a., die die Satzungsautonomie als vom Begriff des kommunalen Selbstverwaltungsrechts nicht erfaßt sehen, kann im Ergebnis nicht aufrechterhalten werden, da Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG der Gemeinde die Befugnis gegeben hat, ihre Angelegenheiten zu "regeln", was eindeutig die Rechtsetzungsbefugnis einschließt - vgl. BVerwG und Wolff/Bachof II, a.a.O.; außerdem Jakob, DöV 1970, 666 ff., 669; Conrad, a.a.O., beruft sich unberechtigtweise auf

der Gemeinde gehört, entgegen der hier aus der Subjektstheorie gewonnenen Grundregel die Verwendung von Privatrechtsformen zu gestatten oder sogar zwingend vorzuschreiben.

Schon die oben angesprochene, letztlich auf Art. 3 GG zurückzuführende Verpflichtung zur möglichst einheitlichen Rechtsgestaltung spricht dagegen, der Gemeinde (und damit der Gemeindevertretung als handelndem Rechtssubjekt) dieses Recht zuzugestehen. Selbst wenn im Gebiet einer Gemeinde die Einheitlichkeit bestehen sollte, ist es schwer verständlich, warum in einer bezüglich Größe und Aufgabenanfall vergleichbaren Nachbargemeinde die entgegengesetzte Rechtsform gewählt werden können soll, obwohl auch dort zwingend ein Hoheitsträger handelndes Rechtssubjekt ist. Der Rechtsgedanke der Einheitlichkeit hat einige Landesgesetzgeber bewogen, mit Hilfe gesetzlicher Regelung die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen als hoheitliche Aufgabe einheitlich für das Landesgebiet zu regeln³⁴². Dieser zu beobachtenden Tendenz entsprechend muß auch hier das Prinzip der Einheitlichkeit stärker beachtet werden, als dies bisher geschehen ist. Das spricht de lege lata gegen die Befugnis der Gemeindevertretung, sich über die hier vertretene Regel hinwegzusetzen.

Darüberhinaus muß in Rechnung gestellt werden, daß der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum von Bund und Ländern ungleich weiter ist als die Rechtsetzungsbefugnis der Gemeinden und Gemeindeverbände. Wenn auch die Bedeutung der gemeindlichen Rechtsetzungsbefugnis nicht unterschätzt werden darf, so ist doch nach herrschender Ansicht auch die Rechtsetzungsbe-
fugnis Ausdruck der Verwaltung und nicht der Gesetzgebung³⁴³. Es handelt

Forsthoff, Allg.VerwR; Forsthoff trennt zwar begrifflich Autonomie und Selbstverwaltung (S. 479); jedoch ist auch nach seiner Meinung die Autonomie ein "wesentliches Element" der kommunalen Selbstverwaltung (S. 351)

342) Vgl. § 10 Abs. 1 Niedersächsisches Straßengesetz und die Begründung der Regierungsvorlage vom 19.5.1965 - Landtagsdrucksache V/553 -; § 9 a Landesstraßengesetz Nordrhein-Westfalen vom 28.11.1961 und die Begründung dazu in Landtagsdrucksache 7/1611 vom 11.4.1972, S. 9/10

343) Vgl. Krüger, Allg.Staatslehre, S. 866 f.; Forsthoff, Allg.VerwR., § 27, Vorbem., S. 536 ff.; L.-J.Jansen, DöV 1954, 328 ff.; Badura, DöV 1963, 561 ff., 563; Stern und Püttner in JZ 1967, 489; Scheuner, AfK 1973, 1 ff., 6, 12, 41; vgl. auch den Beschluß des Hessischen Staatsgerichtshofs vom 11.4.1973, ESVGh Bd. 23, S. 147 ff., S. 150 = DöV 1973, 524 f.; dazu Hinkel, DVBl. 1974, 496 ff., 498;

sich bei dem Recht der Selbstverwaltung nicht um originäre Rechtsetzungsmacht, sondern um vom Staat abgeleitete Hoheitsmacht³⁴⁴. Sehr deutlich hat Forsthoff dies folgendermaßen ausgedrückt:

"Die Gemeinden sind, wie die Bezeichnung Selbstverwaltungskörper besagt, Organe der vollziehenden Gewalt. Daß sie neben den vollziehenden auch beschließende Funktionen und solche der Normsetzung ausüben, steht dem nicht entgegen, denn es unterscheidet sie nicht von anderen Verwaltungsorganen, die über entsprechende Zuständigkeiten verfügen. Ebenso wie diesen stehen den Gemeinden diese Befugnisse nicht originär, sondern kraft gesetzlicher Verleihung zu."³⁴⁵

Da die Gemeindevertretung kein Parlament ist³⁴⁶, sondern ebenfalls Verwaltung darstellt, muß sie an die hier vertretene Grundregel gebunden sein.

Natürlich darf eine Gemeinde "jede öffentliche Aufgabe (sc. ihres Bereiches) übernehmen, soweit sie (sc. die öffentliche Aufgabe) nicht durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift anderen Stellen im dringenden öffentlichen Interesse ausschließlich zugewiesen" ist (Art. 137 Abs. 1 Satz 2 der Hessischen Verfassung)³⁴⁷. Im Rahmen dieser Aufgabenallzuständigkeit, darf sie auch - vorbehaltlich anderer gesetzlicher Regelung - festlegen, ob notwendige Beteiligung eines Hoheitsträgers im Sinne der hier vertretenen Ansicht vorliegen soll. Ihr ist aber nicht gestattet, sich über den hier vorgegebenen zwingenden Unterschied von öffentlichem und privatem Recht hinwegzusetzen.

a.A. Edler v. Hoffmann, DöV 1954, 326 f.; Jakob, DöV 1970, 666 ff., 669 f.; weitere Angaben zum Problemstand bei Seele, Der Landkreis 1973, 234 ff. und bei Matzerath, AfK 1972, 241 ff., 271

344) Krüger, Allg. Staatslehre, S. 866 f.

345) Vgl. Forsthoff, a.a.O., Fn. 343), S. 536;
a.A. Jakob, DöV 1970, 669

346) Vgl. Forsthoff, a.a.O., Fn. 343), § 26 B., S. 531; Wolff/Bachof II, § 86 VII.e)1. stellen - in der Sache wie Forsthoff - fest, die Gemeindevertretung sei keine "Volksvertretung"

347) Sog. "Aufgabenallzuständigkeit" bzw. "Universalität" der Gemeinde - wie Art. 137 Abs. 1 Satz 2 Hess. Verfassung auch die herrschende Auslegung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG - vgl. BVerfGE 1, 167 ff., 175; 21, 117 ff., 128 f.; Stern in Bonner Kommentar, Rdnr. 86 ff. zu Art. 28 GG; Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Rdnr. 60 zu Art. 28 GG; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Rdnr. 9 zu Art. 28 GG; Wolff/Bachof II, § 86 VII.a); siehe auch Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, 1973, S. 230 ff.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß der Staat (Bund und Länder) sich durch Gesetzgebungsakte über die aus der Subjektstheorie entwickelte Regel zur Beschränkung der Wahlfreiheit hinwegsetzen darf. Der Gemeinde steht dieses Recht jedoch nicht zu.

§ 11 Die modifizierte Subjektstheorie als Mittel zur Beschränkung der Wahlfreiheit oder als Beleg der Wahlfreiheit, dargestellt anhand einzelner Problemkreise

I. Träger öffentlicher Gewalt als nicht notwendig handelnde Rechtssubjekte

1. Zwingend privatrechtliches Handeln

a) Erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand

Hier geht es nicht um die Frage, ob sich der Staat überhaupt wirtschaftlich bzw. erwerbswirtschaftlich betätigen darf³⁴⁸. Diese Problematik ist materieller Natur und hat mit der Frage der Formenwahl unmittelbar nichts zu tun. Zu untersuchen ist hier nur, ob der Staat, wenn er sich erwerbswirtschaftlich betätigen darf, die Rechtsformen des Privatrechts zu verwenden berechtigt ist.

Subsumiert man unter den hier vertretenen Lösungsansatz, so ergibt sich, daß an einem erwerbswirtschaftlichen Rechtsverhältnis nicht notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist. Die typischen Rechtsverhältnisse der Erwerbswirtschaft sind gerade solche zwischen Privatleuten bzw. in privater Hand befindlichen privatrechtlich organisierten Unternehmen.

348) Vgl. dazu Siedentopf, Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, 1963; Klein, Teilnahme, S. 73 ff., speziell zur wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1969; Rufner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969; vgl. auch die schon oben angesprochene Kennzeichenschilder-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.4.1974, DVBl. 1975, 655 ff. = DöV 1974, 785 ff., mit Anm. Püttner; dazu auch Rathjen, DVBl. 1975, 649 ff.; vgl. weiterhin Scholz, NJW 1974, 781 f.; Maunz, DVBl. 1974, 1 ff., 5; Bulla, DVBl. 1975, 643 ff. zur Zulässigkeit kommunaler Wohnungsvermittlung - weitere Nachweise daselbst

Demnach führt die aus der Subjektstheorie gewonnene, die Formenwahlfreiheit beschränkende These hier nicht zu einer zwingenden Anwendung öffentlichrechtlicher Handlungsformen, sondern gestattet die Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen.

Da im Bereich der Erwerbswirtschaft der Staat nicht besser gestellt sein darf als der konkurrierende echte Private, müssen ihm die gleichen Handlungsformen zustehen wie dem Privaten, nicht mehr und nicht weniger. Deshalb steht in diesem Bereich das öffentliche Recht nicht zur Verfügung, sondern nur das Privatrecht. Eine Formenwahlfreiheit im hier interessierenden Sinne der Wahl zwischen den Rechtsformen des privaten und öffentlichen Rechts besteht in Bezug auf die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates nicht.

Führen wir uns das zu Beginn der Untersuchung gefundene Teilergebnis vor Augen, wonach die Träger öffentlicher Gewalt nicht privatrechtliche Organisationen gründen dürfen oder sich an schon bestehenden Organisationen beteiligen dürfen, wenn das angestrebte rechtlich relevante Handeln nicht in den Formen des Privatrechts geschehen darf, so ergibt sich daraus für die Wahl der Organisationsform im erwerbswirtschaftlichen Bereich folgendes:

Da das erwerbswirtschaftliche Handeln des Staates in privatrechtlichen Formen zulässig ist, dürfen auch privatrechtliche Organisationen gegründet bzw. Beteiligungen an schon bestehenden Organisationen vorgenommen werden. Dieses Ergebnis deckt sich mit dem, was schon bisher allgemein angenommen wurde³⁴⁹. Es ist nunmehr belegt anhand der Subjektstheorie im hier vertretenen Sinne.

Ergebnis:

Soweit dem Staat erwerbswirtschaftliches Handeln gestattet ist, müssen in diesen Tätigkeitsbereichen privatrechtliche Handlungsformen verwendet werden und steht die Beteiligung an privatrechtlichen Organisationen bzw. die Gründung solcher Organisationen frei.

b) Beschaffung und Erhaltung von Verwaltungsvermögen

Fraglich ist, ob an den Rechtsverhältnissen, die von der Verwaltung mit

349) Vgl. statt vieler Wolff/Bachof I, § 23 II.a)

privaten Unternehmen zur Beschaffung und Erhaltung des Verwaltungsvermögens eingegangen werden (sog. "Hilfsgeschäfte" der Verwaltung³⁵⁰), notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist. Hier offenbart sich, daß die Subsumtion unter das Merkmal der "notwendigen Beteiligung" keineswegs immer unproblematisch ist. Wenn man etwa sagen würde, ein Verwaltungsträger sei hier deshalb notwendig beteiligt, weil es sich um Beschaffung und Erhaltung von "Verwaltungs"-Vermögen handelt, so wären auch diese Rechtsverhältnisse zwingend dem öffentlichen Recht zuzurechnen. An dieser Stelle wird jedoch deutlich, daß die Subjektstheorie nicht an der ohnehin künstlich gewählten Bezeichnung eines bestimmten Typs von Rechtsverhältnissen anknüpft. Sie sieht vielmehr den Rechtsverhältnistypus abstrahiert von den im Einzelfall tatsächlich Beteiligten.

Bei Anwendung der Theorie muß man demnach völlig unbefangen untersuchen, ob unabhängig von der im konkreten Fall gegebenen Beteiligung des Gewaltträgers an den Rechtsverhältnissen der gegebenen Art notwendig ein Gewaltträger beteiligt ist.

Sieht man die Hilfsgeschäfte der Verwaltung in dieser Weise losgelöst von den tatsächlich Beteiligten, so zeigt sich, daß es sich schlicht um den Erwerb bzw. die Anmietung von Sachen handelt. Auch Privatleute können erwerben oder anmieten, so daß von der notwendigen Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt nicht gesprochen werden kann. Die privatrechtlichen Handlungsformen stehen der Verwaltung in diesem Bereich demnach zur Verfügung. Auch dieses Ergebnis deckt sich mit der bisher allgemein vertretenen Auffassung³⁵¹, ist aber ebenfalls dogmatisch anders belegt als jene. Da es sich bei diesen Geschäften der Form nach um normale Erwerbsgeschäfte handelt, ist auch hier ein Ausweichen in die Rechtsformen des öffentlichen Rechts unangebracht. Auch hier muß daher eine Wahlfreiheit verneint werden.

Ergebnis:

Zur Beschaffung und Erhaltung von Verwaltungsvermögen (sog. "fiskalische Hilfsgeschäfte" der Verwaltung) muß die Verwaltung sich der Rechtsformen des Privatrechts bedienen.

350) Vgl. dazu oben S. 5 ff.

351) Vgl. die Angaben oben S. 5 ff.

c) Die Verkehrssicherungspflicht bei öffentlichen Verkehrswegen

Die zivilgerichtliche Rechtsprechung unterscheidet zwischen der Verkehrsregelungspflicht, die nach den Regeln der Straßenverkehrsordnung den Straßenverkehrsbehörden als Amtspflicht auferlegt ist³⁵², und der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, die demjenigen obliegen soll, der die Straße verwaltet und so die beste Möglichkeit besitzt, eventuell auftretende Verkehrshindernisse aller Art zu beseitigen³⁵³. Da die Verkehrsregelungspflicht notwendig die Straßenverkehrsbehörden trifft, also Träger öffentlicher Gewalt, ist diese Pflicht öffentlichrechtlicher Natur. Da dies im Ergebnis nicht bestritten wird, braucht auf die Verkehrsregelungspflicht nicht näher eingegangen zu werden. Die Subjektstheorie dient hier nur zur Untermauerung des gefundenen Ergebnisses.

Problematischer ist hingegen die Verkehrssicherungspflicht. Sie soll prinzipiell eine privatrechtliche Pflicht sein, ihre Verletzung sich daher nach den §§ 823 ff. BGB und nicht nach den Regeln der Amtshaftung richten³⁵⁴,

352) Vgl. die §§ 3 ff. StVO und 44 ff. StVO - zur Verkehrsregelungspflicht BGH NJW 1970, 1126 mit Anm. Ganschezian-Fink, NJW 1970, 1843 = DVBl. 1970, 497; BGH Z 54, 332 = NJW 1971, 32 mit Anm. Landwehrmann, NJW 1971, 840 - es ging um die Haftung bei einem durch Versagen einer Ampelanlage hervorgerufenen Unfall; BGH NJW 1971, 2220 - es ging um die Amtspflicht, für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu sorgen und in Erfüllung dieser Pflicht keine Verkehrseinrichtungen mit falscher Programmierung anzubringen; vgl. auch BGH NJW 1972, 1268 und BGH NJW 1972, 1806 (beides ebenfalls "Ampel-Fälle")

353) Vgl. als Beispiele aus der Rechtsprechung die grundlegende Entscheidung des BGH in BGH Z 9, 373 ff. sowie BGH Z 60, 54; außerdem BGH NJW 1971, 1213, NJW 1972, 903 und BGH NJW 1975, 444; zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Aufstellung eines Warnschildes als Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht ausreicht vgl. BGH MDR 1964, 657 und MDR 1973, 656; aus dem Schrifttum speziell zur Rspr. des BGH H.Arndt, Die Straßenverkehrssicherungspflicht, 2. Aufl., 1973; weiterhin vor allem Bartlsperger, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, 1970; ders., DVBl. 1973, 465 ff.; Nedden, DVBl. 1974, 253 ff.; Ossenhühl, JuS 1973, 421 ff., 423 f.; Erichsen, JR 1972, 130; Wussow, BB 1967, 353 ff.; Janicki, NJW 1967, 2038 ff.; F.-A.Jahn, JuS 1965, 165 ff.; Hurst, DVBl. 1963, 425 ff. unter bes. Berücks. der Straßenreinigungspf.; Heyen, NJW 1955, 326 ff. (sehr kritisch gegenüber der Organisationsakttheorie des BGH)

354) BGH Z 60, 55 m.w.N.; BVerwG E 14, 304; 35, 111 ff., 113; so auch schon die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. etwa RG Z 54, 53 ff.; 68, 358 ff., 365

weil sie Ausdruck eines allgemeinen Rechtssatzes sei, nach dem derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft oder unterhält, die zur Abwendung drohender Gefahren notwendigen Maßnahmen treffen müsse. Auch die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen sei nicht anders zu beurteilen. Trotzdem soll eine Haftung nach Amtshaftungsgrundsätzen nicht in jedem Fall ausgeschlossen sein. Da die zur Verkehrssicherung verpflichtete öffentlichrechtliche Körperschaft die Wahl habe, ob sie ihre Pflicht privatrechtlich oder hoheitsrechtlich (öffentlichrechtlich) erfüllen wolle, komme es darauf an, ob nach außen erkennbar geworden sei, daß die Pflicht öffentlichrechtlich erfüllt werde. Das soll nur der Fall sein, wenn sich durch einen der Allgemeinheit kundgegebenen Organisationsakt dieser Wechsel der Rechtsform manifestiert habe³⁵⁵.

Wörtlich sagt der dritte Senat des Bundesgerichtshofs in BGH Z 60, 54 ff., 56, nachdem er den Grundsatz von der privatrechtlichen Rechtsnatur der Verkehrssicherungspflicht erneut bekräftigt hat:

"Dies schließt indessen die Möglichkeit einer Ersatzpflicht nach Amtshaftungsgrundsätzen nicht schlechthin aus. Die öffentlich-rechtliche Körperschaft, der die Verkehrssicherung obliegt, hat grundsätzlich die Wahl, ob sie dieser Pflicht als Fiskus, also privatrechtlich, oder als Träger öffentlicher Gewalt, also hoheitsrechtlich, genügen will."³⁵⁶

In dieser Argumentation liegen mehrere Ungereimtheiten, die den Bundesgerichtshof schon lange zur Aufgabe seiner "Organisationsakttheorie" bewegen haben sollten. Das Gericht vermischt die Rechtsnatur der Verpflichtung mit der Rechtsnatur des Mittels zur Erfüllung dieser Verpflichtung³⁵⁷.

355) sog. "Organisationsakttheorie" des BGH; vgl. die Nachweise in den folgenden Fußnoten

356) ebenso BGH Z 9, 3/3 ff., 387/388; 20, 57 ff., 59; 27, 278 ff., 281/282; 35, 111 ff., 112/113; NJW 1967, 1325 f.; BayObLG, NJW 1972, 1325

357) Ähnlich schon Heyen, NJW 1955, 326 f., ohne allerdings auf die damit zusammenhängende Frage einzugehen, wie durch die Wahl der öffentlichrechtlichen Erfüllungsform die Rechtsnatur der Verkehrssicherungspflicht geändert werden kann, so daß aus der vorher privatrechtlichen Verkehrssicherungspflicht eine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht wird. - Die ungenügende Trennung verwundert um so mehr, als der BGH in der gleichen Entscheidung (BGH Z 60, 59) dem Gesetzgeber die Befugnis zugesteht, die Verkehrssicherungspflicht als öffentlichrechtliche Pflicht auszugestalten "und gleichzeitig zu bestimmen, daß die Erfüllung in der Form der Hoheitsverwaltung zu erfolgen hat, ...". An dieser Stelle unterscheidet das Gericht sehr

Beides müßte es aus seiner Sicht jedoch streng getrennt voneinander untersuchen, da es in ständiger Rechtsprechung von der Wahlfreiheit ausgeht, wonach ja eine öffentlichrechtliche Verpflichtung mit den Mitteln des Privatrechts erfüllt werden darf³⁵⁸. Die öffentlichrechtliche Rechtsnatur einer Verpflichtung hat - folgt man der Wahlfreiheitsthese - nicht notwendig die öffentlichrechtliche Natur des Erfüllungsmittels zur Folge. Hält man sich dies vor Augen, dann erscheint es inkonsequent, wenn das Gericht in BGH Z 35, 111 ff., 115/116 ausführt, die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich des Nord-Ostsee-Kanals sei hoheitlich geordnet. Es stehe hiernach ein Handeln oder Unterlassen der Kanalbediensteten im hoheitlichen Rechtskreis in Rede, so daß nur eine Haftung nach Maßgabe des § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG geltend gemacht werden könne. Diese Ansicht ist nur haltbar, wenn man unter hoheitlicher Ordnung der Verkehrssicherungspflicht auch ausdrücklich die Verpflichtung zur Benutzung hoheitlicher (= öffentlichrechtlicher) Mittel versteht.

Wenn aber - wie der Bundesgerichtshof meint - die öffentlichrechtliche Rechtsnatur der Verpflichtung nicht die öffentlichrechtliche Rechtsnatur des Erfüllungsmittels nach sich zieht, dann kann erst recht nicht die Rechtsnatur der Erfüllungsmodalität Bedingung für die Rechtsnatur der Pflicht sein. Das Letztere aber kollidiert mit der herrschenden Auffassung vom Unterschied zwischen Fiskalhaftung und Staatshaftung. Danach wird je durch die Wahl einer öffentlichrechtlichen Erfüllungsform die Staatshaftung, durch die Wahl einer privatrechtlichen Erfüllungsform die Fiskalhaftung eröffnet³⁵⁹. Wie oben schon dargestellt, ergibt sich daraus, daß sich die Rechtsnatur der Verpflichtung ändern kann, je nachdem, welche Rechtsnatur das Erfüllungsmittel hat. Zwar müssen Zweifel an dieser Konsequenz angemeldet werden; bis zur Geltung eines neuen Staatshaftungs-

klar die Rechtsnatur der Pflicht von der Rechtsnatur des Erfüllungsmittels. Soll also der Gesetzgeber verpflichtet sein, die Rechtsnatur von Verpflichtung und Erfüllungsmittel jeweils gesondert festzulegen, während die verkehrssicherungspflichtige Körperschaft allein durch die Wahl der Rechtsnatur des Erfüllungsmittels auch die Rechtsnatur der Verpflichtung festzulegen berechtigt ist?

358) Vgl. BGH Z 29, 76 ff., 80 f.; 36, 91 ff., 95 f.; 48, 98 ff., 103; 52, 325 ff.

359) Vgl. oben § 7 III.2., S. 53 ff., und die Nachweise in den Fußnoten 179) und 180) sowie § 10 II., S. 101 ff.

rechts wird man diesen Schluß aber in Kauf nehmen müssen³⁶⁰, jedenfalls soweit es sich um die Befugnis des Bundes- oder Landesgesetzgebers handelt, entgegen der Qualifizierung einer Pflicht als dem öffentlichen Recht zugehörig, privatrechtliche Erfüllungsformen zur Verfügung zu stellen.

Anders liegen die Dinge aber, wenn die Kommunen oder die Verwaltungen tätig werden wollen. Hier lassen sich die Ungereimtheiten beseitigen, wenn man die Wahlfreiheit aufgibt. Dann führt nämlich eine öffentlichrechtliche Verpflichtung notwendig zu einer öffentlichrechtlichen Erfüllungsmodalität bzw. eine privatrechtliche Verpflichtung notwendig zu einer privatrechtlichen Erfüllungsmodalität, es sei denn, etwas anderes ist gesetzlich ausdrücklich geregelt.

Letztlich ist es auch hier die verfehlte These von der Wahlfreiheit, die die Schwierigkeiten hervorruft. Die Wahlfreiheit ist - das zeigt sich hier erneut - nicht mehr haltbar. Mit ihrer Ablehnung wird gleichzeitig der "Organisationsakttheorie" des Bundesgerichtshofs die gedankliche Grundlage entzogen. Auch die "Organisationsakttheorie" ist daher abzulehnen, soweit sie Organisationsakte der Kommunen bzw. der Verwaltungen betrifft³⁶¹.

Die Rechtsnaturen von zu erfüllender Pflicht und Erfüllungsmittel sind identisch. Daher kann die Rechtsnatur des Erfüllungsmittels ermittelt werden, indem man die Rechtsnatur der Verkehrssicherungspflicht selbst feststellt.

Ein großer Teil des zur Rechtsnatur der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht Stellung nehmenden Schrifttums hält die Verkehrssicherungspflicht - soweit sie einen Träger öffentlicher Gewalt trifft - für dem öffentlichen Recht zugehörig³⁶².

360) Vgl. dazu die Ausführungen § 10 II., S. 102

361) Daß der Landesgesetzgeber die Verkehrssicherungspflicht als öffentlichrechtlich zu erfüllende Amtspflicht ausgestalten darf, ergibt sich bereits aus dem oben § 10 II., S. 101 ff., Gesagten - vgl. dazu speziell Bartlsperger, DVBl. 1973, 465 ff., 469 und Nedden, DVBl. 1974, 253 ff., 256 jeweils mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung

362) Vor allem Bartlsperger, Verkehrssicherungspflicht, 1970, S. 72 ff.; ders., DVBl. 1973, a.a.O., Fn. 361); Nedden, a.a.O., Fn. 361), S. 263;

Beachtung verdient vor allem die Ansicht Bartlspergers. Bartlspberger hält es für inkonsequent, daß der BGH nicht auch im Falle der Verkehrssicherungspflicht mit Hilfe seines sonst üblichen "teleologischen Zusammenhangdenkens"³⁶³ die Beziehung zwischen den unzweifelhaft zum öffentlichen Recht gehörenden Pflichten der Verkehrsregelung bzw. der Straßenbaulast auf der einen und der Verkehrssicherungspflicht auf der anderen Seite berücksichtigt und so zur öffentlichrechtlichen Rechtsnatur der Verkehrssicherungspflicht kommt³⁶⁴.

Obwohl das Bemühen Bartlspergers, die Vielfalt der sich inhaltlich überschneidenden Pflichten auf einen öffentlichrechtlichen Pflichtenkreis zu reduzieren, anerkannt werden muß, kann seiner Ansicht nicht gefolgt werden. Es ist nämlich - und hierin ist dem BGH zuzustimmen - in der Tat nicht einzusehen, daß der für die Verkehrssicherheit einer Sache verantwortliche Träger öffentlicher Gewalt grundsätzlich anderen Regeln unterliegen soll als ein vergleichbarer Privatmann. Den Privatmann trifft die Sorge für die Verkehrssicherheit eines dem öffentlichen Straßenverkehr gewidmeten Privatweges unzweifelhaft als privatrechtliche Verpflichtung. Dies folgt nicht zuletzt aus der Subjektstheorie, weil an dem durch die Verkehrssicherungspflicht hervorgerufenen Pflichtenverhältnis nicht notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist. Daher ist es unzutreffend, wenn Jahn ausführt:

beachtlich auch Erichsen, JR 1972, 130 in seiner Anm. zu BGH NJW 1971, 2220 - in der Regel handle ein Gewaltträger öffentlichrechtlich; der Wille, privatrechtlich zu handeln, müsse nach außen in Erscheinung treten; Jahn, JuS 1965, 165 ff.; Janicki, NJW 1967, 2038 ff.; mit sehr plausiblen Gründen schon Heyen, NJW 1955, 362 ff.; Forsthoff, Allg. VerwR, § 21, S. 398 ff.; vgl. auch die Nachweise bei Ketterer-Giehl-Leonhardt, Die Streupflicht, 3. Aufl., 1970, S. 1 Fn. 1 und bei Bartlspberger, Verkehrssicherungspflicht, S. 4 Fn. 17, S. 9 Fn. 30, S. 69 Fn. 238

363) Man denke etwa an den Bereich der Realakte (vgl. dazu unten § 11 I.2., S. 116 ff.). Zum Beispiel hat der BGH den Verkehrsunfall eines öffentlichen Bediensteten immer als in Ausübung eines öffentlichen Amtes mit hoheitlichen Mitteln verursacht angesehen, wenn die Fahrt im sachlichen Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stand

364) Bartlspberger, Verkehrssicherungspflicht, S. 73; ders., DVBl. 1973, 465 f.; so auch Forsthoff, a.a.O., S. 401 ff. und Janicki, NJW 1967, 2041, der von der "insoweit gebotenen einheitlichen Betrachtungsweise" spricht; ähnlich auch Nedden, DVBl. 1974, 255, wenn er vom "engen sachlichen Zusammenhang zwischen der Verkehrssicherungspflicht und der in der Form der Hoheitsverwaltung erfüllten Straßenbaulast" spricht. Nedden wider-

"Da die zuständigen Hoheitspersonen in Bezug auf diese Verpflichtung kraft einer nicht jedermann, sondern ausschließlich ihnen zustehenden Kompetenz handeln, werden sie auch in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig."³⁶⁵

Weil die Subjektstheorie nicht von einer materiellen Wertung des Rechtsverhältnisses ausgeht, sondern die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses gerade von der notwendigen Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt abhängig macht, vermag auch die These Jahns nicht zu überzeugen, es sei nur auf den rechtlichen Charakter der Pflicht selbst abzustellen und nicht auf die Person des Pflichtigen³⁶⁶.

Darüberhinaus gibt es keinen plausiblen Grund dafür, eine von der allgemeinen, jedem obliegenden Verkehrssicherungspflicht zu unterscheidende, ausschließlich einem Träger öffentlicher Gewalt obliegende Verkehrssicherungspflicht anzuerkennen. Zwar sind die Sicherungsleistungen für eine öffentliche Straße ungleich höher als etwa für ein nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmetes Grundstück. Auch der Umfang der Verkehrssicherungspflicht für andere Sachen als öffentliche Straßen richtet sich aber nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls, so daß ein wesensmäßiger Unterschied zwischen der Verkehrssicherungspflicht für öffentliche Straßen und der Verkehrssicherungspflicht für andere Gegenstände nicht feststellbar ist. Auch sind verschiedene Begriffe des "öffentlichen Verkehrs" als Ausgangspunkt für die Unterscheidung in eine allgemeine und eine ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt betreffende Verkehrssicherungspflicht nicht denkbar³⁶⁷.

spricht aber ausdrücklich der von Bartlsperger in DVBl. 1973, 467 geäußerten Ansicht, wonach Straßenbaulast und Verkehrssicherungspflicht identisch seien - vgl. Nedden, DVBl. 1974, 254 unter II.

365) F.-A.Jahn, JuS 1965, 166

366) F.-A.Jahn, JuS 1966, 166 - Im Übrigen trifft es nicht zu, daß der BGH in BGH Z 9, 389 die Verkehrssicherungspflicht als "öffentlichrechtliche Pflicht" bezeichnet, wie Jahn, a.a.O., S. 166 i.V.m. Fn.12 meint.

367) So aber H.Jellinek, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 565 ff., 569 und daran anschließend Forsthoff, a.a.O., Fn. 362), S. 401/402 - Daß es für den Begriff des "öffentlichen Verkehrs" im straßenverkehrsrechtlichen Sinn nicht auf die ausdrückliche Widmung des Verkehrsraumes ankommt, sondern allein auf die "faktische Öffentlichkeit", was nichts anderes bedeutet, als daß der betreffende Verkehrsraum der Allgemeinheit tatsächlich zu Verkehrszwecken zugänglich ist, wird nicht bestritten, vgl. etwa Cramer, Straßenrecht, Rdnr. 20 ff. zu § 1 StVO; Kodal, Straßenrecht, S. 397; Böhm, Anm. 4

Auch an dieser Stelle also verhilft die Subjektstheorie in der hier vertretenen Form zu einem eindeutigen Ergebnis. Die Verkehrssicherungspflicht ist nicht notwendig öffentlichrechtlicher Natur, sondern grundsätzlich dem Privatrecht zuzurechnen. Ausnahmen von diesem Grundsatz darf nur der Gesetzgeber festlegen, nicht jedoch die Kommunen mit Hilfe ihrer rechtsetzenden Organe bzw. die jeweiligen Behörden, denen die Verkehrssicherungspflicht obliegt. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofes kann eine privatrechtliche Pflicht vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung nur mit privatrechtlichen Mitteln erfüllt werden. Dies gilt auch für die Verkehrssicherungspflicht und in diesem Bereich namentlich für die Verkehrssicherungspflicht für öffentliche Verkehrswege.

Nunmehr hat die Bundesregierung in ihrem Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes in § 17 Abs. 3 festgelegt, daß die Pflicht zur Verkehrssicherung für Straßen, Wege, Plätze und für Wasserstraßen und Wasserflächen, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind, für die Anwendung dieses Gesetzes als eine Pflicht des öffentlichen Rechts "gilt". Dies widerspricht dem hier gefundenen Ergebnis nicht, denn die Bundesregierung hat in ihrer Begründung des Entwurfs selbst ausgeführt, diese Regelung lasse die (von den Ländern regelbare) Rechtsnatur der Verkehrssicherungspflicht unberührt. Nur die Haftung will man den Regeln des Staatshaftungsrechts unterstellen³⁶⁸.

Ergebnis:

Die Verkehrssicherungspflicht für öffentliche Verkehrswege ist ebenso wie die Verkehrssicherungspflicht für andere Sachen eine privatrechtliche Pflicht. Sie kann nur privatrechtlich erfüllt werden, falls durch Gesetz nichts anderes geregelt ist. Eine Freiheit der Formenwahl besteht insofern nicht. Die Haftung für die Verletzung dieser Pflicht kann vom Gesetzgeber dem öffentlichrechtlichen Haftungsregime unterworfen werden, wie es auch im geplanten Staatshaftungsgesetz vorgesehen ist³⁶⁹.

zu § 2 Hess.Straßengesetz (S. 15); vgl. auch die in diese Richtung gehenden Ausführungen von Ganschezian-Finck, NJW 1963, 1808 ff. unter dem Thema "Öffentlicher Verkehr auf Privatwegen"

368) Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf eines Staatshaftungsgesetzes vom 5.9.1978, Drucks.d.Dt.BTages 8/2079, S. 60, zu § 17 Abs. 3

369) Der BGH unterstellt im Erg. wie die vorl. Untersuchung die Haftung wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht für einen gemeindlichen

2. Der Realakt als Beispiel fakultativ privatrechtlichen Handelns

Das Problem der Qualifizierung von Realakten der Verwaltung ist nicht so sehr eine Frage der Wahlfreiheit. Da ein Amtswalter nie die Frage zu stellen braucht, ob er die von ihm vorzunehmende reale Handlung mit der Rechtsnatur des öffentlichen oder des privaten Rechts versehen muß, sondern es ihm im wesentlichen darauf ankommt, daß er überhaupt zum Tätigwerden befugt ist, handelt es sich hier - streng genommen - nur um ein Problem der nachträglichen Einordnung. Auch hier aber ist es - vor allem in Hinblick auf eventuelle spätere Rechtsstreitigkeiten - durchaus nützlich, schon vor Durchführung der Handlung deren Rechtsnatur zu kennen. Gerade das dann relevante Haftungsregime kann auf diese Weise vorher bestimmt werden, was die Haftungsfolgen vorhersehbarer macht.

Erfahrungsgemäß bereitet die Qualifizierung von nicht gesetzlich geregelten Realakten der Verwaltung dem Rechtsanwender besondere Schwierigkeiten³⁷⁰. Den Realakten selbst ist es naturgemäß nicht anzusehen, nach welchem Recht sie zu beurteilen sind³⁷¹. Legt man die Subjektstheorie zugrunde, so ist zu fragen, ob es sich bei der real handelnden Rechtspersönlichkeit notwendig um einen Träger öffentlicher Gewalt handelt. Da Realakte gerade nicht notwendig von Trägern öffentlicher Gewalt vorgenommen werden müssen, sondern schlechthin jedermann als handelndes Rechtssubjekt in Frage kommt, ist mit Hilfe der Subjektstheorie die Frage nach der Rechtsnatur von realen Verwaltungshandlungen nicht nach der einen oder anderen Seite hin zu beantworten.

Hier bietet sich jedoch eine Verwendung von Gesichtspunkten der Sachgerechtigkeit an. Gedacht ist an den zur Sachgerechtigkeit zu zählenden Grund-

509. "Abenteuerspielplatz" (also ein nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmetes Grundstück) dem privaten Recht, falls nicht gesetzlich etwas anderes geregelt ist - Urt.v. 25.4.1978 - VI ZR 194/76 - DVBl. 1978, 707 f. m.w.N. zur Rspr. des BGH

370) Vgl. Michael Hoffmann, Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte, 1969, S. 16 f.; Martens, in Hamburger Festschrift für Friedrich Schack zu seinem 80. Geburtstag am 1. Okt. 1966, 1966, S. 85 ff.; ders., DVBl. 1968, 150; Erichsen/Hoffmann Becking, JuS 1971, 144 f.; Erichsen, VerwArch Bd. 62 (1971), S. 181 ff.; siehe auch Ossenbühl, JuS 1973, 421 ff. - vgl. auch den enteignungsrechtlichen Fall des BGH v. 2.11.1973, NJW 1974, 817 f. - weitere Angaben zur Rspr. siehe die folgenden Fußnoten

371) Vgl. Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 178/179

satz des Sachzusammenhangs. Deshalb ist es auch nach der hier vertretenen Ansicht zutreffend, wenn diejenige tatsächliche Handlung nach öffentlichem Recht beurteilt wird, "die der Erledigung einer Subjekten öffentlichen Verwaltung zur Wahrnehmung nach öffentlichem Recht vorbehaltenen Aufgabe dient"³⁷². Anders ausgedrückt ist ein Realakt dann öffentlichrechtlicher Natur, wenn er in unmittelbarem Sachzusammenhang mit der Erfüllung einer in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts zu erfüllenden öffentlichen Aufgabe steht³⁷³.

Die Frage, ob die öffentliche Aufgabe in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts zu erfüllen ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln, also nach der hier vertretenen ex-ante-angewandten modifizierten Subjektstheorie.

Vielfach wird aus dem Sachzusammenhangs-Argument der Schluß gezogen, in der Regel bediene sich der Gewaltträger zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Rechtsformen und Mittel des öffentlichen Rechts; wolle er dagegen seine Maßnahmen als dem Privatrecht zugehörig verstanden wissen, so müsse er seine Wahl eindeutig nach außen hin kundtun³⁷⁴.

372) Wolff/Bachof I, § 22 III.b)3.

373) So die Rechtsprechung: vgl. BVerwG, DVBl. 1970, 576 f. (amtsärztliches Gutachten wegen seiner Qualität als "amtliche Äußerung" öffentlich-rechtlicher Natur); BVerwG, DöV 1971, 857 mit Anm. Bachof (Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Winkels einer Straßenböschung, wenn durch den veränderten Böschungswinkel das Erdreich auf dem angrenzenden privaten Grundstück abzurutschen droht), krit. zu dieser Entsch. Erichsen, VerwArch Bd. 63 (1972), S. 217 f.; BVerwG E 42, 5 = DVBl. 1973, 635 (insofern nicht abgedr. in der amtl. Sammlung - "die Stadt hat den Kinderspielfeldplatz im Rahmen ihrer gemeindlichen Verwaltungsaufgaben errichtet und damit eine öffentlich-rechtliche Verwaltungsmaßnahme getroffen ..."); BVerwG E 44, 235 ff., 242 (die wasserrechtliche Unterhaltungspflicht ist Ursache für die Eigentumsverletzung; daher ist der Eingriff öffentlich-rechtlicher Natur); BVerwG DVBl. 1974, 239 = NJW 1974, 817 (Errichtung einer Kläranlage auf dem klägerischen Grundstück; der "öffentlich-rechtliche Planungs- und Funktionszusammenhang" führe zur öffentlichrechtlichen Natur der Maßnahme); sehr deutlich auf den inneren und äußeren Zusammenhang der Tathandlung mit der öffentlichrechtlichen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe stellt der BGH ab, wobei - nicht inkonsequent - davon ausgegangen wird, daß der einheitliche Lebenssachverhalt eine einheitlich öffentlichrechtliche Beurteilung gebiete - vgl. etwa BGH Z 29, 38 ff., 41 f.; 42, 176 ff.; 49, 267 ff., 272; NJW 1962, 796 f.; DVBl. 1970, 680

374) Nicht nur für die Qualifizierung des Realakts wird dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis befürwortet - vgl. etwa BGH DVBl. 1969, 623; vor

Dem kann vom hier vertretenen Standpunkt aus nicht gefolgt werden. Zwar kann allein dem Realakt seine Rechtsnatur in der Regel nicht angesehen werden, so daß in der Tat der Realakt grundsätzlich dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören kann. Wegen des Sachzusammenhangs mit einem Rechts- oder sonstigen Pflichtenverhältnis (bzw. einer rein objektiven Berechtigung oder Verpflichtung), in dem ein Realakt gesehen werden muß, ist aber auch er - wenn auch nur indirekt - mit Hilfe des hier vertretenen Lösungsansatzes qualifizierbar. Er teilt die Rechtsnatur der zugrundeliegenden rechtlichen Beziehung bzw. Berechtigung oder Verpflichtung, die ihrerseits wiederum mit Hilfe der Subjektstheorie qualifiziert werden kann. Ist an einem Rechtsverhältnis notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt, so ist auch die in diesem Rechtsverhältnis durchgeführte reale Handlung öffentlichrechtlicher Natur. Ist an dem Rechtsverhältnis notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt, so kann somit auch eine Wahl der Privatrechtsform nicht mehr in Frage stehen, so daß es auch nicht darauf ankommt, ob der Gewaltträger seine Maßnahme als dem

allem aber BGH Z 57, 130 ff., 135 und die dort angegebene Rechtsprechung des BGH (z.B. BGH Z 4, 266 ff., 268 oder BGH Z 17, 317 ff., 322), sowie das dort angegebene Schrifttum; vgl. auch die Entscheidung des BGH vom 21./22.5.1975 - III ZR 8/72 - DöV 1975, 823 f. - dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis bejahen ausdrücklich Menger/Erichsen, VerwArch Bd. 60 (1969), S. 376 f.; Erichsen, VerwArch Bd. 62 (1971), S. 181 ff., S. 183/184; ders., VerwArch Bd. 65 (1974), S. 311 ff., S. 314 mit weiteren Nachweisen - die Ansicht dieser der Schule Hans Julius Wolffs angehörenden Autoren entspricht dem, was Wolff selbst vertritt, vgl. Wolff/Bachof I, § 22 III.b)2. (Vermutung für die Anwendbarkeit öffentlichen Rechts, wenn ein Subjekt öffentlicher Verwaltung in seinem hoheitlichen Kompetenzbereich gehandelt hat); siehe auch Bad.-Württ.VGH, BaWüVBl. 1978, 569; wenn Pestalozza, "Formenmißbrauch", S. 180 Fußnoten 125 und 126, allerdings meint, der vom BGH anerkannten Wirkung des behördlichen Organisationsaktes (speziell im Bereich der Verkehrssicherungspflicht) sei es vergleichbar, wenn man darauf abstelle, daß "der Wille der Behörde privatrechtlich zu handeln, deutlich in Erscheinung treten" müsse, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Im Bereich der Verkehrssicherungspflicht bewirkt der Organisationsakt, daß die Nicht- oder Schlechterfüllung der Pflicht öffentlichrechtlich beurteilt wird. In der Regel aber soll die Erfüllung privatrechtlich beurteilt werden. Bei der Verkehrssicherungspflicht wird demnach ein genau entgegengesetztes Regel-Ausnahme-Verhältnis angenommen als im Falle des Realaktes. - Vgl. zum Organisationsakt im Bereich der Verkehrssicherungspflicht BGH Z 27, 278; 32, 352; NJW 1971, 43; BGH Z 60, 54 und die oben gegen die "Organisationsakttheorie" vorgebrachte Kritik.

Privatrecht zugehörig verstanden wissen will. Auch auf die Kundgabe der Wahl nach außen kommt es demnach nicht an. Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis der oben genannten Art scheidet somit ebenfalls aus, denn die Zuordnung durch die Subjektstheorie ist zwingend.

Ergebnis:

Realakte sind öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur, je nachdem, ob das Rechtsverhältnis bzw. die objektive Berechtigung oder Verpflichtung, dem bzw. der sie zuzurechnen sind, öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist. Die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses bzw. der objektiven Berechtigung oder Verpflichtung ist mit Hilfe der Subjektstheorie zu ermitteln.

II. Träger öffentlicher Gewalt als notwendigerweise handelnde Rechtssubjekte

Allgemeine Vorüberlegungen - Das Verwaltungshandeln zur unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben als zwingend öffentlichrechtliches Handeln

Hier handelt es sich, wenn man die Terminologie der herrschenden Meinung verwendet, um die unmittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben mit den Mitteln des Privatrechts. Dabei soll es vor allem nach Hans Julius Wolff, der die Bezeichnung "Verwaltungsprivatrecht" entwickelte, gleichgültig sein, ob der Verwaltungsträger selbst handelt oder ob er sich dabei beliehener oder nicht beliehener Personen des Privatrechts bedient³⁷⁵.

Aus Wolffs's Sicht ist dies konsequent, denn warum sollte es einen Unterschied machen, wenn gegenüber dem Bürger statt des Verwaltungsträgers eine zwischengeschaltete Privatrechtspersönlichkeit handelt, de facto der Verwaltungsträger aber "Herr der Vorgänge" bleibt, letztlich also die Verantwortung für die Aufgabenerfüllung weiterhin dem Verwaltungsträger obliegt. Vor allen Dingen die Bindungen an die Grundrechte und dabei vornehmlich an den Gleichheitssatz dürfen nicht durch die Zwischenschaltung eines Privaten beseitigt werden.

Wenn man dem im Ergebnis auch zustimmen muß, so bleibt doch die still-

375) Vgl. Wolff/Bachof I, § 23 II.b)

schweigend akzeptierte Prämisse problematisch, wonach sogar die unmittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben nicht ausschließlich den öffentlichrechtlichen Handlungsformen vorbehalten ist, sondern daß auch hier in diesem der öffentlichen Gewalt so spezifischen Tätigkeitsfeld die Mittel und Formen des Privatrechts Verwendung finden dürfen.

Fraglich ist - wendet man die Subjektstheorie in der hier vertretenen Ausformung an -, ob an den Rechtsverhältnissen, die zur unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben eingegangen werden, notwendig Träger öffentlicher Gewalt beteiligt sind bzw. ob es sich bei dem handelnden Rechtssubjekt notwendig um einen Träger öffentlicher Gewalt handelt. Bejaht man diese Frage, so haben sich damit diese Rechtsverhältnisse bzw. objektiven Berechtigungen oder Verpflichtungen als zwingend dem öffentlichen Recht zugehörig erwiesen. Verneint man sie, so stehen die Handlungs- und Organisationsformen des Zivilrechts zur Verfügung.

Ausgangspunkt der Beantwortung dieser Frage muß die Feststellung sein, daß es sich um die unmittelbare Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe (im Gegensatz zur mittelbaren Erfüllung) handelt. "Unmittelbar" bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch und den damit übereinstimmenden Gesetzen der Logik, daß eine Handlung ohne Hinzutreten eines weiteren Kausalgliedes einen Erfolg verursacht. Erfüllt die Verwaltung einem Bürger gegenüber unmittelbar eine Verwaltungsaufgabe, so tritt kein weiteres Kausalglied, also zum Beispiel die Tätigkeit eines Privatrechtssubjekts, zwischen die handelnde Behörde und den beim Bürger eintretenden Verwaltungserfolg. Daraus folgt, daß schon im Begriff der unmittelbaren Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe das Verbot enthalten ist, eine weitere selbständige Rechtspersönlichkeit zwischen den Handelnden und den Erfolg zu setzen.

Darin liegt aber kein Verbot des Inhalts, daß eine Verwaltungsaufgabe nicht auch unmittelbar durch ein Privatrechtssubjekt erfüllt werden könnte, daß also das Privatrechtssubjekt der unmittelbar Handelnde ist.

Handelt ein Privatrechtssubjekt unmittelbar, so entledigt sich jedoch die Verwaltung nicht ihrer Verantwortung für die Erfüllung der Aufgabe. Ihr obliegt vielmehr insofern eine Garantiefunktion, die mit Hilfe der durchgeführten Delegation nicht zum Erlöschen gebracht werden kann. Andernfalls wäre das Wort von der "Flucht ins Privatrecht" berechtigt. Die angespro-

chene Garantiefunktion besteht gegenüber dem Bürger. Das bedeutet: Der Bürger kann verlangen, daß die Verwaltungsaufgabe zu seinen Gunsten durchgeführt wird, einerlei, wer der tatsächlich Handelnde ist.

An diesem Garantie-Rechtsverhältnis ist der Staat (im weiteren Sinne) notwendig beteiligt. Dieses Rechtsverhältnis ist demnach öffentlichrechtlicher Natur³⁷⁶. Alle Handlungen des Staates zur Erfüllung dieses Garantie-Rechtsverhältnisses teilen dem Bürger gegenüber die Rechtsnatur dieses Rechtsverhältnisses; sie sind folglich ebenfalls öffentlichrechtlicher Natur.

Es ist daher nicht möglich, daß die von der Gemeinde eingeschaltete Elektrizitäts-AG mit dem Bürger ein bürgerlichrechtliches Rechtsverhältnis unterhält. Die Handlungen der Elektrizitäts-AG sind dem Bürger gegenüber öffentlichrechtliche Handlungen der ihm gegenüber zur Garantie der Stromversorgung verpflichteten Gemeinde. Die Elektrizitäts-AG ist daher nur Erfüllungsgehilfin der Gemeinde im Rahmen des genannten öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses³⁷⁷.

Unbeachtlich für die dem Bürger gegenüber zu beachtende Rechtsnatur ist die Rechtsnatur des zwischen der Gemeinde und der Elektrizitäts-AG gegebenenfalls bestehenden Rechtsverhältnisses. Mit der Elektrizitäts-AG kann z.B. ein bürgerlichrechtliches Auftragsverhältnis bestehen. Insofern bedient sich die Verwaltung des Privatrechts. Dies darf sie auch, da an dem Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Elektrizitäts-AG nicht notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist. Auch ein Privatmann kann theoretisch Vereinbarungen mit einer Elektrizitäts-AG treffen, um einem anderen Privatmann die Stromversorgung zu sichern. Das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Elektrizitäts-AG ist somit nicht notwendig öffentlichrechtlicher Natur.

Demgegenüber ist an dem Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Bürger die Gemeinde notwendig beteiligt. Dafür spricht auch, daß nach herrschender Ansicht der Bürger einen Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 3 GG) gegen

376) ähnlich auch Frotscher, Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang, 1974, S. 21

377) vgl. Frotscher, a.a.O., Fn. 376), S. 21 "kommunaler Erfüllungsgehilfe" unter Hinweis auf Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 60

den zuständigen Träger öffentlicher Gewalt hat. Dem einen Bürger müssen grundsätzlich die gleichen Vergünstigungen und Leistungen angeboten werden wie dem anderen. Da die Grundrechte staatsbezogen sind, können sie nicht gegenüber Privaten geltend gemacht werden, es sei denn, man gesteht ihnen die seit langem strittige unmittelbare Drittwirkung zu. Aus der Staatsbezogenheit der Grundrechte ergibt sich also zum Beispiel, daß ein Bürger gegenüber einer Verkehrs-AG nicht geltend machen kann, durch seine Verpflichtung zur Zahlung eines höheren Preises für einen Bus-Fahrschein verstoße die Verkehrs-AG gegen den Gleichheitsgrundsatz. Dieser Verstoß kann allein gegenüber der Gemeinde geltend gemacht werden, die sich der Verkehrs-AG zur Erfüllung ihrer Nahverkehrs-Verpflichtung bedient. Es wäre widersinnig, wenn das zweifellos dem öffentlichen Recht angehörende Recht auf Gleichbehandlung des Art. 3 GG zwischen zwei Privatrechtssubjekten gelten würde, weil nach unserer Grundaussage dem öffentlichen Recht nur diejenigen Rechtsverhältnisse zuzurechnen sind, an denen notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist. Insofern entspricht es der Systematik unserer zweigeteilten Rechtsordnung, wenn man dem Garantie-Verhältnis zwischen Bürger und Staat mehr Beachtung schenkt als bisher.

Demnach ergibt sich folgendes: Handelt der Staat unter Zuhilfenahme eines Privaten, so ändert sich dadurch nicht die öffentlichrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Bürger und Staat. Insbesondere wird dieses Rechtsverhältnis nicht durch ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen dem Bürger und dem privaten Erfüllungsgehilfen ersetzt.

Handelt der Staat selbst, so ist die Erfüllung der dem öffentlichen Recht zuzurechnenden Pflicht mit privatrechtlichen Mitteln nicht möglich, da sich privatrechtliche Erfüllungshandlungen einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis nicht zuordnen lassen.

Die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber die Rechtsformen des Privatrechts zu wählen, besteht daher im Bereich der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben nicht.

Ergebnis:

Im Bereich der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben hat der Staat nicht die Befugnis, dem Bürger gegenüber privatrechtlich zu handeln.

1. Anschluß- und Benutzungszwang

Die Gemeindeordnungen der Bundesländer sehen die Möglichkeit vor, mittels gemeindlicher Satzung Anschluß- und Benutzungszwang für bestimmte gemeindliche Einrichtungen einzuführen³⁷⁸. Sind der Anschluß- und Benutzungszwang selbst und (oder) das darauf basierende Benutzungsverhältnis notwendig öffentlichrechtlicher Natur, so kann festgestellt werden, daß in diesem speziellen Rechtsbereich des Kommunalrechtssystems eine Wahlfreiheit der Verwaltung bzw. der satzunggebenden Organe nicht oder nicht einschränkungslos besteht. Ob dies der Fall ist, gilt es im folgenden zu ermitteln.

Dabei ist das Zwangsverhältnis vom Benutzungsverhältnis zu unterscheiden. Zuerst soll - unter Verwendung der hier vertretenen Form der Subjektstheorie - das Zwangsverhältnis qualifiziert werden.

Wie in § 19 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 2 der Hessischen Gemeindeordnung (HGO) sogar ausdrücklich gesagt³⁷⁹, ist es die Gemeinde, die durch Satzung den Anschluß- und Benutzungszwang einführen kann.

Es wäre aber voreilig, wollte man allein aus diesem Grund die öffentlichrechtliche Natur des Anschluß- und Benutzungszwangs bejahen, denn an der öffentlichrechtlichen Natur des § 19 HGO und der entsprechenden Vorschriften der anderen Gemeindeordnungen besteht ja kein Zweifel. Es wird mit der obigen Überlegung lediglich geklärt, daß die Befugnis zur Einführung des Anschluß- und Benutzungszwangs öffentlichrechtlicher Natur ist, da lediglich die Gemeinde, also ein Träger öffentlicher Gewalt, das befugte Rechtssubjekt sein kann. Es ergibt sich daraus aber nicht, daß der Zwang selbst, also die Verpflichtung zur Duldung des Anschlusses und zur Nutzung der Einrichtung, öffentlichrechtlicher Natur ist.

Fraglich bleibt somit, ob das Zwangsverhältnis notwendig zwischen einem Bürger und der Gemeinde besteht. Könnte die Verpflichtung auch gegenüber einem Privatunternehmen bestehen, so dürfte von notwendiger Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt im Sinne der Subjektstheorie nicht ge-

378) Vgl. § 19 Hess.GO; § 8 Nieders.GO; § 17 Schl.-Hollst.GO; § 19 Nordrh.-Westf.GO; § 26 Rheinl.-Pfälz.GO; § 11 Bad.-Württ.GO; § 19 Saarl.GO; Art. 24 Bayr.GO

379) entsprechendes gilt für die Regelungen der anderen Bundesländer

sprochen werden, so daß der Anschluß- und Benutzungszwang als nicht zum öffentlichen Recht gehörig angesehen werden müßte. In diesem Zusammenhang soll auf Frotscher eingegangen werden³⁸⁰, der das Zwangsverhältnis selbst, aber auch das Benutzungsverhältnis als öffentlichrechtlich bezeichnet.

Nach Frotschers Ansicht sind Zwangsverhältnisse der vorliegenden Art durch einen Doppelcharakter gekennzeichnet, nämlich durch Elemente der "Leistung" und Elemente des "Eingriffs"³⁸¹. Ein Eingriff aber kann nach seiner Meinung nur mit öffentlichrechtlichen Mitteln rechtmäßig vorgenommen werden³⁸². Das Zwangsverhältnis sei somit öffentlichrechtlicher Natur. Auch eine zweistufige Betrachtung, wie sie bei der Vergabe von staatlichen Subventionen bzw. der Nutzungsüberlassung öffentlicher Räume oder der Übernahme einer staatlichen Bürgschaft bejaht wird, sei hier nicht möglich, da die Zweistufigkeit von einer rechtlichen Konstellation ausgehe, die nur auf reine Leistungsverhältnisse zutreffe³⁸³. Nur dort könne man die öffentlichrechtlichen Elemente auf den Begründungsvorgang, das "ob" beschränken, während bei bestehendem Anschluß- und Benutzungszwang der öffentlichrechtliche Teil das gesamte Rechtsverhältnis, also auch das "wie" erfasse³⁸⁴.

Frotscher geht also davon aus, daß in jedem Fall des Anschluß- und Benutzungszwangs nicht nur das Zwangsverhältnis, sondern auch das Benutzungsverhältnis ein zwischen der Gemeinde und dem Bürger bestehendes öffentlichrechtlich zu charakterisierendes Rechtsverhältnis ist. Dabei soll es ohne Belang sein, ob und gegebenenfalls in welcher Art rechtlicher Beziehung ein zwischengeschaltetes Privatunternehmen als "Erfüllungsgehilfe" zum Bürger steht³⁸⁵.

380) Frotscher, a.a.O., Fn. 376)

381) Frotscher, a.a.O., Fn. 376), S. 12 ff.; so auch Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 326/327 und Rüfner, Formen ..., S. 127; wohl auch Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, 1973, S. 82

382) Dies wird zwar nicht ausdrücklich gesagt. Letztlich basiert Frotschers Ansicht aber auf diesem Gedanken, vgl. S. 15/16: "Eintritt und Dauer des Leistungsverhältnisses stehen nämlich nicht zur Disposition des Leistungsempfängers, sondern werden rechtsverbindlich angeordnet Ein solcher Zwang ist für das Privatrecht absolut untypisch"

383) Frotscher, a.a.O., Fn. 376), S. 17

384) Frotscher, a.a.O.; a.A. OVG Lüneburg, NJW 1977, 451

385) Frotscher, a.a.O., Fn. 376), S. 21 und oben § 9, S. 89

Zuzustimmen ist Frotscher insofern, als er das Zwangsverhältnis für öffentlichrechtlich hält³⁸⁶. Öffentlicher Zwang kann nur in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts ausgeübt werden; wenn auch nicht jede Über-Unterordnung die Geltung öffentlichen Rechts bedeutet, so doch diejenige zwischen öffentlicher Gewalt und Bürger, denn diesen typischen Zwang kann nur ein Träger öffentlicher Gewalt ausüben. Auch vom Standpunkt der hier vertretenen Ansicht aus ist das Zwangsverhältnis im Recht des Anschluß- und Benutzungszwangs somit öffentlichrechtlicher Natur. Ein Indiz für die Öffentlichkeit des Zwangsverhältnisses ist auch die Tatsache, daß der Anschluß- und Benutzungszwang nur mittels gemeindlicher Satzung, also durch eine öffentlichrechtliche Normgebung eingeführt werden kann³⁸⁷.

In vielen Fällen mag es zutreffen, daß eine Gemeinde selbst - auf Grund eines durch Satzung eingeführten Anschluß- und Benutzungszwangs - in öffentlichrechtliche Benutzungsverhältnisse mit ihren Bürgern eintritt. Häufig jedoch entsteht überhaupt kein nach außen erkennbarer Kontakt zwischen Gemeinde und Bürger. Vielmehr schließt die natürliche oder juristische Person des Privatrechts selbständig einen Vertrag mit dem Bürger.

Aber auch in diesen Fällen handelt das Privatrechtssubjekt - auch insofern ist Frotscher zuzustimmen - lediglich als Erfüllungsgehilfe der Gemeinde. Wie oben schon angedeutet³⁸⁸, wird durch Übernahme einer Aufgabe in den Aufgabenbereich der Gemeinde die Tätigkeit, die der Erfüllung dieser Tätigkeit dient, notwendig zu öffentlichrechtlicher Tätigkeit. Allein die öffentlichrechtliche Garantiepflicht läßt der Gemeinde keinen Wahlspielraum, so daß mit dem Tätigwerden des Privatrechtssubjekts lediglich eine Konkretisierung des Rechtsverhältnisses Gemeinde/Bürger vorgenommen wird. Ein dieses ersetzendes neues Rechtsverhältnis entsteht nicht.

Daraus ergibt sich aber auch notwendig, daß das Benutzungsverhältnis zur Gemeinde öffentlichrechtlicher Natur ist. Die Garantiepflicht bezieht sich nicht nur auf das "ob" der Leistungsgewährung, sondern auch auf das "wie"³⁸⁹, zumal "wie" und "ob" gerade im Bereich des Anschluß- und Benut-

386) im Ergebnis so auch H.H.Klein, Teilnahme, S. 95 oder Püttner, a.a.O., Fn. 381, S. 138, der von "öffentlich-rechtlichem Zwang" spricht

387) Vgl. die in Fn. 378) angegebenen Vorschriften der Länder-Gemeindeordnungen

388) Vgl. oben § 9, S. 89 ff.

389) Vgl. oben § 9, S. 98

zungszwangs nicht voneinander getrennt werden können. Es ist nicht möglich, aus dem einheitlichen Rechtsverhältnis einzelne Leistungspflichten wie etwa die Pflicht des Benutzers zur Entgeltzahlung herauszulösen und gesondert auf privatrechtlicher Ebene zu regeln³⁹⁰. Der Zwang zur Benutzung schließt den Zwang zur Bezahlung des Entgelts ein, denn was bleibt dem Bürger anderes übrig, als den angeblich auf privatrechtlicher Basis, nämlich im Rahmen des als privatrechtlich bezeichneten Benutzungsverhältnisses verlangten Preis zu zahlen. Er hat überhaupt nicht die Möglichkeit, etwa durch Nichtabschluß des Lieferungsvertrages, der Zahlung gerade dieses von ihm verlangten Entgelts zu entgehen.

Ein gesondertes privatrechtliches Benutzungsverhältnis, das tatsächlich rechtliche Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Bürgers hat, ist somit im Bereich des Anschluß- und Benutzungszwangs nicht denkbar. Seine Annahme erweist sich als Fiktion, da auch in diesem Verhältnis der Zwang offenbar wird, den die Gemeinde über den Umweg der privatrechtlichen Rechtspersonlichkeit auf den Bürger ausübt. Zwar ist grundsätzlich auch privatrechtlicher Zwang denkbar, etwa im Eltern-Kind-Verhältnis. Der Zwang im Rahmen der gemeindlichen Leistungen auf Grund eines Anschluß- und Benutzungszwangs ist jedoch wegen der notwendigen Beteiligung der Gemeinde öffentlichrechtlicher Natur.

Falls man - wie die vorliegende Untersuchung - davon ausgeht, daß das Benutzungsverhältnis öffentlichrechtlicher Natur ist, ist es dies auch dann, wenn die Gemeinde das Rechtsverhältnis zwar selbst im Einvernehmen mit dem Bürger zur Entstehung bringt, sich aber zur Erfüllung der aus diesem Rechtsverhältnis resultierenden Verpflichtungen einer Privatperson oder eines privatrechtlich organisierten Unternehmens bedient; diese Person ist dann zulässigerweise Erfüllungsgehilfe der Gemeinde. Diesen Ergebnissen würde es nicht gerecht werden, wenn die Gemeinde per Satzung den Anschluß- und Benutzungszwang als lediglich dem Privatrechtssubjekt gegenüber bestehende Verpflichtung des Bürgers manifestieren könnte. Das würde den Anforderungen der Subjektstheorie zuwiderlaufen, und zwar insofern, als an dem unzweifelhaft dem öffentlichen Recht angehörenden Zwangsverhältnis nicht mehr notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt wäre.

390) Frotscher, a.a.O., Fn. 376), S. 17

Es kann daher nicht zulässig sein, daß die Gemeinde eine Privatrechtsperson in der Weise einschaltet, daß das Zwangsverhältnis zwischen Bürger und Privatrechtsperson besteht. Der Verpflichtungsadressat darf somit nicht ersetzt werden. Demnach darf auch durch Satzung nicht bestimmt werden, daß die Verpflichtung zur Duldung des Anschlusses gegenüber einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts bestehen soll³⁹¹.

Wohlgemerkt ging es hier erst einmal um das Zwangsverhältnis³⁹², also dasjenige Rechtsverhältnis, auf Grund dessen der Bürger verpflichtet ist, den Anschluß zu dulden bzw. bei Bedarf die dargebotene Leistung zu nutzen, während die Gemeinde berechtigt und verpflichtet ist, den Anschluß vorzunehmen und für die Benutzungsmöglichkeit zu sorgen. Es ist nach der Subjektstheorie als öffentlichrechtlich erkannt worden.

Nach der oben näher erläuterten hier vertretenen Ansicht³⁹³ kann das Benutzungsverhältnis, wenn es zwischen einer selbständigen natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts und dem Bürger geschlossen wird, nur privatrechtlicher Natur sein, denn ein Privatmann kann normalerweise nicht öffentlichrechtlich handeln³⁹⁴. Da hier jedoch eine selbständige Privatrechtspersönlichkeit nicht als solche tätig werden kann, sondern lediglich als "kommunaler Erfüllungsgehilfe", müssen mit Frotscher das Zwangs- und das Benutzungsverhältnis als Einheit gesehen werden.

391) wie hier im Ergebnis Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S. 63 und S. 82 ff.; Kah, DöV 1964, 304 ff.; Helmreich-Widtmann, Anm. 4 zu Art. 21 und Anm. 3 zu Art. 24 BayrGO; mißverständlich Schlemp/Schlemp, Anm. XIII.2. zu § 19 HGO, die auf der einen Seite betonen, die Gemeinde müsse sich einen ausreichenden Einfluß auf das Unternehmen sichern, und es auf der anderen Seite für nötig halten, daß der Benutzer in unmittelbarer Beziehung zur Gemeinde steht; ähnlich wie Schlemp/Schlemp auch Rauball/Rauball, Anm. 2 zu § 19 NRW-GO; wie hier aber Wolff, AfK 1963, 149 ff., 157 f., die Benutzungsberechtigung und die etwaige Benutzungspflicht bestünden nicht gegenüber der (privatrechtlich organisierten) Gesellschaft, sondern gegenüber der Gemeinde; a.A. wohl OVG Lüneburg, NJW 1977, 451; gegen die hier vertretene Ansicht vor allem Gönnenwein, Gemeinderecht, 1963, S. 515 f.; Holtzmann, DöV 1964, 85 ff.; vorsichtiger Ballerstedt, DöV 1951, 449 ff., 451 und Hammer, DöV 1966, 333 ff., 336/337

392) Frotscher versteht unter Zwangsverhältnis den Anschluß- und Benutzungszwang und das darauf basierende Benutzungsverhältnis als "Einheit" - vgl. a.a.O., Fn. 376), S. 16 f.

393) Siehe oben § 5, S.25 ff., S. 34

394) Vgl. Ossenbühl, DVBl. 1973, 294; ders., DVBl. 1974, 541

Andernfalls könnte sich die Situation ergeben, daß der Bürger der Gemeinde gegenüber per Satzung öffentlichrechtlich verpflichtet ist, sich anschließen zu lassen und die Einrichtung zu benutzen, während er auf der anderen Seite der Privatrechtsperson gegenüber zur Entgeltzahlung nach privatrechtlichen Grundsätzen verpflichtet ist. Die auf diese Weise mögliche Zweigleisigkeit, die nicht nur verschiedene Rechtswege und Haftungstatbestände, sondern sogar verschiedene Klagegegner zur Folge haben kann, ist zur Ermöglichung eines sinnvollen Rechtsschutzes denkbar ungeeignet.

Daraus ergibt sich, daß bei bestehendem Anschluß- und Benutzungszwang im Rahmen des öffentlichrechtlichen Garantieverhältnisses zwar gesonderte Benutzungsregelungen getroffen werden können, diese aber öffentlichrechtlicher Natur sein müssen und somit keine eigenständige Funktion haben können.

Das wiederum hat zur Folge, daß das Benutzungsverhältnis nicht zwischen dem Bürger und dem Privatunternehmen bestehen darf. Es ist danach nicht möglich, daß der Bürger und das Privatunternehmen selbständig das Benutzungsverhältnis begründen.

Zwar treffen die Gemeindeordnungen keine Regelungen über die Ausgestaltung der Benutzungsverhältnisse. Diese von den Landesgesetzgebern gewählte Selbstbeschränkung ist aber zweckmäßig, denn die Benutzungsmodalitäten müssen der jeweiligen örtlichen, zeitlichen und wirtschaftlichen Situation angepaßt werden können. Es entspricht auch dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 GG, wenn durch Offenhaltung eines später von den Gemeinden zu regelnden Rechtsbereiches der gemeindlichen Souveränität Rechnung getragen wird. Die Regelungsbefugnis kann aber entsprechend dem oben Gesagten nur zu öffentlichrechtlichen Benutzungsregelungen führen.

Ergebnis:

Im Rechtsbereich des Anschluß- und Benutzungszwangs nach den Regelungen der Gemeindeordnungen sind das Zwangsverhältnis und das Benutzungsverhältnis zwingend öffentlichrechtlicher Natur. Privatunternehmen dürfen allenfalls als "kommunale Erfüllungsgehilfen" im Rahmen dieser zwischen der Gemeinde und dem Bürger bestehenden Beziehungen, jedoch nie selbständig, tätig werden.

2. Der kommunalrechtliche Anspruch auf Zulassung zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen

Im Spannungsfeld zwischen öffentlichem und privatem Recht tauchen immer wieder Probleme auf, die die Realisierung des kommunalrechtlichen Anspruchs aus § 17 DGO, der in den Gemeindeordnungen der Bundesländer seine Entsprechungen gefunden hat, betreffen. Es geht dabei vor allem darum, ob überhaupt eine öffentliche Einrichtung vorliegt und wer der Anspruchsverpflichtete ist, wobei letzteres von entscheidender Bedeutung für die Wahl der "richtigen" Klage ist, was auch Auswirkungen auf die Qualifizierung des einzuschlagenden Rechtsweges hat.

Es ergeben sich hinsichtlich des Rechtswegs keine Probleme, wenn die Gemeinde Eigenbetriebe als öffentliche Einrichtungen zur Versorgung der Gemeindegewohner gebraucht. Problematisch sind dagegen die Fälle, in denen sich die Gemeinde Privater zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedient. Dabei sind grundsätzlich drei voneinander zu unterscheidende Grundkonstellationen denkbar.

Erstens: Die Gemeinde hat alle Anteile der privatrechtlichen Organisation in Händen. Letztlich hat die Gemeinde statt einer öffentlichrechtlichen Organisationsform in direkter Auswechslung eine privatrechtliche Organisationsform gewählt. Zu dieser ersten Gruppe sind auch die Fälle zu zählen, in denen die Gemeinde weniger als 100 %, aber mehr als 50 % der Anteile besitzt, sie also die Möglichkeit hat, den entscheidenden Einfluß auf die Organisation auszuüben. Den entscheidenden Einfluß hat sie aber auch dann, wenn sie trotz geringerer als 50 %iger Beteiligung durch Vertrag den entscheidenden Einfluß sichergestellt hat.

Außerdem dürfte in diese erste Gruppe auch der Fall gehören, in dem die Gemeinde die Erfüllung der Aufgabe an einen Privatmann überträgt, sich aber den maßgeblichen Einfluß sichert. Besonders im Bereich der Müllbeseitigung wird häufig so verfahren.

Aus allem ist das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung der ersten Gruppe von den anderen Gruppen deutlich geworden. Es ist der bestimmende Einfluß der Gemeinde. Wenn sich die Gemeinde - auf welche Weise auch immer - den maßgeblichen Einfluß sichert, bleibt die Entscheidungsbefugnis letztlich

in ihrer Hand, auch wenn de facto ein Privatrechtssubjekt handelt.

Zweitens: In der zweiten Gruppe sind die Fälle zusammengefaßt, in denen die Gemeinde den ihr ursprünglich zueigen gewesenen maßgeblichen Einfluß aus der Hand gegeben hat. Demzufolge hat sie vor dem Verlust des maßgeblichen Einflusses entweder einen Eigenbetrieb zur Erfüllung der Aufgabe verwendet oder es lag einer der in der ersten Fallgruppe genannten Fälle vor, etwa eine Gesellschaft mit mehr als 50 iger Beteiligung der Gemeinde oder eine durch Vertrag gesicherte wesentliche Einfluß-Position der Gemeinde. Hier werden also die öffentlichen Aufgaben von "echten Privaten" erfüllt.

Drittens: Schließlich ist noch ein dritter Fall denkbar. Hier ist die Gemeinde nie zur Erfüllung der Aufgabe tätig geworden, so daß nach dem oben Gesagten überhaupt nicht von einer öffentlichen Aufgabe gesprochen werden kann.

Betrachten wir zuerst die erste Grundkonstellation. Hier hat die Gemeinde alle Anteile der privatrechtlichen Organisation in Händen. Fraglich ist, ob trotz Einschaltung einer privatrechtlichen Organisation die Gemeinde dem Einwohner gegenüber lediglich öffentlichrechtlich handeln darf, so daß entweder die Einschaltung der privatrechtlichen Organisation von vornherein unzulässig ist oder aber der Einwohner mit dieser nicht in einem Rechtsverhältnis steht, falls man zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Verwendung einer privatrechtlichen Organisation kommt.

Nach allen Regelungen des kommunalrechtlichen Anspruchs auf Zulassung zur Benutzung einer öffentlichen Einrichtung sind die Einwohner der Gemeinde berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen.

Aus dieser Formulierung ergibt sich nicht unmittelbar, daß die Gemeinde das anspruchspflichtete Rechtssubjekt ist. Vom Wortlaut der Vorschriften her können die "öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde" durchaus die in der Gemeinde existierenden öffentlichen Einrichtungen sein, also alle Einrichtungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Würde letzteres zutreffen, so wäre das in einer Gemeinde von einem Privatmann betriebene Schwimmbad schon dann eine öffentliche Einrichtung, wenn es allen

potentiellen Benutzern, also der Öffentlichkeit, zur Verfügung stehen würde. Schon daran zeigt sich, daß ein derartig weiter Begriff der "öffentlichen Einrichtung" von § 17 DGO und den entsprechenden Regelungen der Bundesländer nicht gemeint sein kann. Konsens besteht daher weitgehend darüber, daß auch bei Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen der rechtliche Einfluß der Gemeinde gesichert sein muß, um von einer öffentlichen Einrichtung der Gemeinde sprechen zu können³⁹⁵.

Meinungsverschiedenheiten bestehen aber darüber, wie stark dieses Recht zur Einflußnahme ausgestaltet sein muß. Während Pappermann nur feststellt, daß der Einfluß gesichert sein müsse³⁹⁶ und H.J. Wolff schlicht erklärt, es sei ein Formenmißbrauch, wenn die Gemeinde durch Verpachtung die öffentlich-rechtliche Verantwortung für die Versorgung abschütteln könnte³⁹⁷, gehen vor allem Badura, Knies, Hurst und Salzwedel stärker auf die Art und Weise der Sicherung des Einflusses ein³⁹⁸. Dabei stellen diese Autoren entscheidend auf die Widmung zur öffentlichen Einrichtung ab. Fraglich bleibt dann jedoch, welche Anforderungen an das Merkmal der Widmung zu stellen sind. Reicht die Duldung der tatsächlichen Benutzung aus³⁹⁹ oder muß man fordern, daß sich der Widmungswille der Gemeinde in einem rechtlich relevanten Willensakt deutlich sichtbar manifestiert hat,

395) Vgl. Pappermann, JZ 1969, 485 ff., 489; Klein, Teilnahme, S. 89; Hurst in Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. II, 1957, S. 833 ff., S. 837; wohl auch Salzwedel, in Loschelder/Salzwedel, S. 243; Gallwas, VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 228 (implizit); Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 475; Bad.-Württ. VGH, BaWüVB1. 1969, 10; Knies, BayVB1. 1968, 230 ff., 232 - so auch Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, 1973, S. 181 für den Fall, daß außer mehreren öffentlichrechtlichen Körperschaften auch juristische oder natürliche Personen des Privatrechts Mitglieder eines Zweckverbandes sind, zugunsten der öffentlichrechtlichen Körperschaften

396) Pappermann, JZ 1969, 489

397) Wolff, AfK 1963, 174

398) Badura, JuS 1966, 18; Hurst, a.a.O., Fn. 395), S. 836 f.; Salzwedel, a.a.O., Fn. 395), S. 242 f.; Knies, BayVB1. 1968, 230

399) So wohl Hurst, a.a.O., Fn. 395), S. 836, nach dessen Ansicht eine Vermutung für das Vorliegen einer öffentlichen Einrichtung spricht, wenn der Nachweis einer formellen Widmung nicht erbracht werden kann und auch nicht bewiesen ist, daß es sich um einen echten Privatbetrieb der Gemeinde (Brauerei, Forstdomäne etc.) handelt - und das OVG Münster, OVG E 24, 175 ff., 179 und JZ 1969, 512, dem sich Ossenbühl, DVB1. 1973, 289 ff., 290 insofern angeschlossen hat; vgl. auch Knies, BayVB1. 1968, 230 m.w.N.

was bedeuten würde, daß man eine von der Gemeindevertretung zu erlassende Satzung oder zumindest einen schlichten Beschluß der Gemeindevertretung verlangen müßte. Darin müßte dann eindeutig festgelegt werden, daß es sich bei der betreffenden Einrichtung - ungeachtet der Rechtsform, in der sie betrieben wird - um eine öffentliche Einrichtung handelt.

Der ersten Ansicht muß zugestimmt werden. Wie auch im Falle der Willenserklärung des Privatmanns muß es genügen, wenn der Wille des Erklärenden nicht ausdrücklich geäußert wird, sich aber unmißverständlich aus den Umständen ergibt. Die Gemeinde kann somit durch konkludentes Handeln eine Widmung zur öffentlichen Einrichtung vornehmen. Man wird sogar die Vermutungsregel bejahen können, daß "für die Allgemeinheit nutzbare kommunale Einrichtungen öffentliche Einrichtungen" sind⁴⁰⁰, denn es kann und darf der Gemeindevertretung nicht gestattet sein, durch schlichtes Unterlassen einer entsprechenden Beschlußfassung bzw. durch Unterlassen des Satzungserlasses eine wesensmäßig gemeindliche Einrichtung der auf Grund des kommunalrechtlichen Zulassungs- und Benutzungsanspruchs erzwingbaren Inanspruchnahme seitens des Einwohners zu entziehen. Man wird somit nicht ohne eine materielle Eingrenzung dessen, was "wesensmäßig" gemeindliche Einrichtung ist, auskommen.

Der Gang der Prüfung ist daher in Anlehnung an Badura⁴⁰¹ folgender: Zuerst muß gefragt werden, ob ein anerkannter Verwaltungszweck dergestalt erfüllt wird, daß eine Leistung prinzipiell jedem Gemeindewohner zur Verfügung steht. Liegt dieses materielle Indiz vor, so ist als formelles Indiz das Vorliegen einer Widmung zur öffentlichen Einrichtung zu prüfen. Da die oben genannte Vermutung anerkannt werden muß, reicht ein konkludentes Handeln der Gemeinde aus⁴⁰². Die konkludente Widmung kann sogar in der rein tatsächlichen Überlassung zur Benutzung gesehen werden⁴⁰³.

400) Ossenbühl, DVBl. 1973, 290; vgl. auch die in Fn. 399) angeg. Nachweise

401) Badura, JuS 1966, 18; ders., DöV 1966, 624 über die "Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck", was nichts anderes bedeutet, als die Eingrenzung des Bereichs, den man "wesensmäßig" als der Gemeinde zugehörig bezeichnen muß

402) Vgl. Badura, JuS 1966, 18; OVG Münster, OVG E 24, 175 ff., 179; BayVGH n.F. 22, 20 ff., 22

403) OVG Münster, JZ 1969, 512; vgl. auch Knies, BayVBl. 1968, 230

Aus allem ergibt sich, daß von einer öffentlichen Einrichtung nicht schon dann gesprochen werden kann, wenn die Einrichtung der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Vielmehr muß die Einrichtung von der Gemeinde zur öffentlichen Einrichtung gewidmet sein. Dies bedeutet für die vorliegende Untersuchung, daß eine öffentliche Einrichtung im Sinne des kommunalrechtlichen Zulassungsanspruchs immer eine Einrichtung der Gemeinde sein muß.

Stellt man fest, daß das private Unternehmen, dessen sich die Gemeinde bedient, eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde betreibt, so ist es daher zutreffend, festzustellen, daß trotz des eingeschalteten Privaten der kommunalrechtliche Zulassungsanspruch gegen die Gemeinde gerichtet ist. Ein etwaiger Anspruch gegen die privatrechtliche Organisation ist daher unmaßgeblich.

Als Ergebnis der ersten Fallkonstellation bleibt festzuhalten, daß der Anspruch auf Zulassung sich gegen die Gemeinde richtet⁴⁰⁴, wenn die Gemeinde den maßgeblichen Einfluß auf die privatrechtliche Organisation bzw. den Privatunternehmer ausübt.

Es erscheint jedoch trotz dieses durch die Regelungen des kommunalrechtlichen Zulassungsanspruchs belegten Ergebnisses auf den ersten Blick unverständlich, daß der Anspruch auf Zulassung gegen die Gemeinde auch dann bejaht wird, wenn eine privatrechtliche Organisation die Einrichtung betreibt. Wenn auch die Gemeinde den maßgeblichen Einfluß hat, so ist es doch de facto die privatrechtliche Organisation, die "zuläßt", nicht die Gemeinde. Demzufolge wandelt sich der Zulassungsanspruch nach Ansicht einiger Autoren in einen Verschaffungsanspruch um, wenn ein Privater die Einrichtung betreibt⁴⁰⁵.

Es dürfte aber eher eine terminologisch und weniger materiellrechtlich bedeutsame Frage sein, ob man den Anspruch als Zulassungsanspruch bezeichnet oder als Verschaffungsanspruch, denn jedenfalls bleibt die Gemeinde nach beiden Betrachtungsweisen das verpflichtete Rechtssubjekt, auch

404) So im Ergebnis auch Hurst, a.a.O., Fn. 395), S. 837, der neben diesem gegen die Gemeinde gerichteten öffentlichrechtlichen Anspruch einen privatrechtlichen Anspruch gegen die privatrechtliche Organisation auf Anschluß und Versorgung annimmt; vgl. auch Pappermann, JZ 1969, 489; wie hier auch der Bad.Württ.VGH, BaWüVB1. 1969, 10, wenn er ausführt, Klagen auf Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen seien immer gegen die Gemeinde zu richten.

405) vor allem Püttner, DVB1. 1975, 353 ff.; Wolff, AfK 1963, 173; Salzwedel,

wenn sie sich eines unter ihrem maßgeblichen Einfluß stehenden Privaten bedient.

Entscheidend ist, daß der Einwohner den Anspruch vor dem Verwaltungsgericht einklagen kann, da es sich um einen öffentlichrechtlichen Anspruch handelt, wie sich aus der Subjektstheorie ergibt. Anspruchsverpflichteter ist in jedem Fall die Gemeinde, also ein Träger öffentlicher Gewalt.

Ergebnis:

Eine "echte" Wahlfreiheit gibt es im Bereich des kommunalrechtlichen Zulassungs- und Benutzungsanspruchs nicht, denn Anspruchsverpflichteter ist die Gemeinde. Immer dann, wenn an einem Rechtsverhältnis ein Träger öffentlicher Gewalt notwendig beteiligt ist, ist dieses Rechtsverhältnis öffentlichrechtlicher Natur. Selbst, wenn die Gemeinde Privatrechtssubjekte einschaltet, kann diese zwingende Rechtsfolge nicht geändert werden. Da dann, wenn nur öffentlichrechtlich gehandelt werden darf, ein Privatrechtssubjekt nicht handeln darf⁴⁰⁶, ist das Einschalten eines selbständig arbeitenden Privatrechtssubjekts unzulässig. Schaltet die Gemeinde ein Privatrechtssubjekt ein, so ist dessen Tätigkeit folglich juristisch als Tätigkeit der Gemeinde zu sehen. Dieses Privatrechtssubjekt ist demnach lediglich Erfüllungsgehilfe der Gemeinde. Diese Grundsätze gelten naturgemäß für die Fälle der ersten Fallkonstellation.

Sie gelten jedoch auch für die Fälle der zweiten Fallkonstellation, denn auch dort liegen öffentliche Einrichtungen vor, auf deren Benutzung daher die Einwohner einen Anspruch gegen die Gemeinde haben auf Grund des kommunalrechtlichen Zulassungs- und Benutzungsanspruchs. Solange also eine Widmung weiterwirkt, bestehen die maßgeblichen rechtlichen Beziehungen zwischen Einwohner und Gemeinde, nicht zwischen Privatrechtssubjekt und Einwohner.

Anders liegen die Dinge ersichtlich im Falle der dritten Gruppe. Hier hat die Gemeinde eine Aufgabe nie erfüllt, so daß von einer öffentlichen Aufgabe nicht gesprochen werden kann. Geht man weiter davon aus, daß in diesem

in Loschelder/Salzwedel, S. 242 und 243; wohl auch Klein, Teilnahme, S. 89 und Knies, BayVB1. 1968, 232

406) Siehe zur Abhängigkeit der Organisationsform von der Handlungsform oben § 5, S.25 ff., S. 34

Bereich die jeweilige Einrichtung nicht zur öffentlichen Einrichtung gewidmet ist - auch nicht konkludent, da die Gemeinde nicht als Wächter der Aufgabenerfüllung in Erscheinung getreten ist - , so besteht hier kein rechtliches Band zwischen Einwohner und Gemeinde. Dies bedeutet, daß die Aufgabe durchaus durch echte Private erfüllt werden darf. Daraus folgt aber auch, daß die Gemeinde sich an der Aufgabenerfüllung beteiligen kann, solange sie nicht den maßgeblichen Einfluß hat, denn solange kann auch von einer konkludenten Widmung keine Rede sein.

Die hier vertretenen Thesen stehen in starkem Gegensatz zu dem, was Ossenbühl in diesem Zusammenhang vertritt. Nach seiner Ansicht erzeugt die Widmung zusammen mit dem kommunalrechtlichen Zulassungsanspruch einen Zulassungszwang der privatrechtlichen Organisation⁴⁰⁷, wohlgemerkt einen öffentlichrechtlichen Zulassungszwang, der mit dem vielfach vertretenen privatrechtlichen Kontrahierungszwang im Bereich der Tätigkeit von Monopolbetrieben⁴⁰⁸ nichts zu tun hat. Trotzdem werde die Gemeinde nicht aus ihrer Garantenstellung entlassen. Vielmehr bestehe der Leistungsanspruch gegen die privatrechtliche Organisation zusätzlich⁴⁰⁹.

Ossenbühl konstruiert also aus einem öffentlichrechtlichen Zulassungsanspruch zwei getrennte öffentlichrechtliche Ansprüche, nämlich aus einem der Gemeinde gegenüber bestehenden Zulassungs- und Benutzungsanspruch einen Zulassungs- bzw. Verschaffungsanspruch gegen die Gemeinde und einen Zulassungsanspruch gegen die privatrechtliche Organisation. Die Gemeindeordnungen geben jedoch keinerlei Hinweise darauf, daß die Landesgesetzgeber an mehrere Anspruchsverpflichtete gedacht haben. Deshalb ist der wohl herrschenden Meinung zuzustimmen, wenn sie den Anspruch als ausschließlich gegen die Gemeinde gerichtet ansieht (wenn auch gegebenenfalls in Form des Verschaffungsanspruchs)⁴¹⁰.

407) Vgl. Ossenbühl, DVBl. 1973, 293 f.

408) der privatrechtliche Anspruch auf Grund eines Kontrahierungszwangs wird allgemein aus den §§ 826, 249 BGB hergeleitet (str.), vgl. Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 145 BGB, Anm. 3)b) mit zahlr. weiteren Nachweisen

409) Ossenbühl, DVBl. 1973, 294

410) Vgl. Wolff, AfK 1963, 173; Pappermann, JZ 1969, 489; Salzwedel in Loschelder/Salzwedel, S. 242; Siedentopf, Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, 1963, S. 35; Bad.-Württ.VGH, BaWüVBl. 1969, 10; Knies, BayVBl. 1968, 232; insoweit offengelassen von Püttner, DVBl. 1975, 353

Bedenken drängen sich auch auf, wenn Ossenbühl fortführt:

"Diese Verantwortlichkeit (der Gemeinde⁴¹¹) bleibt unberührt, ist aber subsidiär. Sie kann sich darin manifestieren, daß ein zu Unrecht abgewiesener Bewerber die Gemeinde als "Gewährträger" unter öffentlich-rechtlichen Aspekten wegen Schadensersatz in Anspruch nimmt."⁴¹²

Zum Schadensersatz verpflichtet ist in unserer Rechtsordnung prinzipiell derjenige, der eine ihn treffende Pflicht verletzt. Da nach eigener Aussage Ossenbühls der Anspruch gegen die Gemeinde subsidiär ist, ist die Gemeinde erst dann überhaupt verpflichtet, wenn die privatrechtliche Organisation den gegen sie gerichteten Leistungsanspruch nicht erfüllt hat, obwohl sie dazu verpflichtet ist. D.h. ein Schadensersatzanspruch gegen die Gemeinde kann erst dann entstehen, wenn die Gemeinde eine eigene Primärverpflichtung nicht erfüllt hat. Die Primärverpflichtung soll hier nach Ossenbühls Ansicht aber gerade nicht der Gemeinde, sondern der privatrechtlichen Organisation obliegen. Wie man ohne eine Primärverpflichtung der Gemeinde eine Schadensersatzverpflichtung der Gemeinde begründen will, wenn allein die privatrechtliche Organisation dem gegen sie gerichteten Anspruch nicht entsprochen hat, bleibt unerfindlich. Vielleicht hat Ossenbühl an eine Art Bürgschaft der Gemeinde für die privatrechtliche Organisation gedacht.

Der Anspruch richtet sich somit nur gegen die Gemeinde, nicht gegen die eingeschaltete privatrechtliche Organisation. Der gemeinderechtliche Zulassungs- und Benutzungsanspruch ist einem etwa bestehenden privatrechtlichen Benutzungsanspruch gegenüber nicht subsidiär.

3. Subventionen

a) Überblick über die denkbaren Rechtsformen der Gewährung von Subventionen

aa) Ausschließliche Verwendung von Verwaltungsakten

Nur theoretisch ist es denkbar, jede Subventionsgewährung ausschließlich durch Verwaltungsakt vornehmen zu lassen. In der Tat wäre eine derartige

411) Diese Erl. vom Verf. dieser Untersuchung

412) Ossenbühl, DVBl. 1973, 294

Formenbeschränkung wenig sinnvoll. Während der verlorene Zuschuß entsprechend der herrschenden Meinung ohne besondere Schwierigkeiten unter alleiniger Verwendung der Verwaltungsakts-Form zugewendet werden kann⁴¹³, falls der Verwaltungsakt insofern gesetzlich vorgesehen ist, tun Rechtsprechung und Literatur sich schwer in jenen Fällen, in denen sich der Sachverhalt nicht in der einmaligen Hingabe einer Zuwendung erschöpft.

- bb) Durch Verwaltungsakt begründetes öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis mit angekoppeltem oder parallel laufendem privatrechtlichem Rechtsverhältnis

Deshalb suchte man die Lösung in der Zweistufentheorie⁴¹⁴, die zuerst dahin verstanden wurde, daß nur die bewilligende Entscheidung als Verwaltungsakt, jede später auftretende Rechtsproblematik als solche des privatrechtlichen Erfüllungsgeschäftes angesehen wurde. Später jedoch wurde auch die Rückforderung eines Darlehens als Verwaltungsakt gesehen⁴¹⁵, so daß sich

413) So Wolff III, § 154 VI.a); Werner, Auswirkungen der Zweistufentheorie im Subventionsrecht, in Bd. 13 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer, 1962, S. 97 ff., S. 103, S. 113 unter 2.; Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 68 ff.; Möller, Gemeindliche Subventionsverwaltung, 1963, S. 137; Bosse, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, 1974, S. 103 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 64; vgl. auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Oktober 1971, BGH Z 57, 130 ff., 136 (Rückforderung einer Spielfilmpremie) ebenfalls mit weiteren Nachweisen, und die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Juni 1968, NJW 1969, 809 = JZ 1969, 69 = DVB1. 1969, 665 mit Kritik von Renck, JuS 1971, 77 ff., der in dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall den Verwaltungsakt als unzulässig ablehnt, weil eine gesetzliche Grundlage fehlte; eine gesetzliche Grundlage für den subventionierenden zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt verlangt auch Karehnke, DöV 1975, 625

414) Zurückzuführen auf Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 65 ff.; vgl. auch ders., VVdStRL Bd. 25 (1967), S. 257 ff., S. 298 f.; siehe auch die ihm weitgehend folgende Literatur bei Bosse, a.a. O., Fn. 413), S. 95 Fn. 9 und die vom Verfasser dieser Untersuchung gegebenen Hinweise zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichtshofs S. 79, Fn. 266)

415) Vgl. etwa BVerwG v. 23. Januar 1962, E 13, 307 ff.; v. 22. April 1970, E 35, 170 f.; v. 14. Juni 1972, E 40, 139 ff., S. 140 f. - Rückforderung von Aufbaudarlehen durch Verwaltungsakt (Leistungsbescheid); vgl. aber die Entscheidungen des BGH v. 29. Mai 1969, BGH Z 52, 155 ff. und v. 16. Dezember 1971, VerwRSpr. Bd. 23 (1972), S. 923 ff. = DVB1. 1972, 612 ff. = DöV 1972, 384 ff.

beide Rechtsverhältnisse gleichsam überlagern. Daß die Probleme der Abgrenzung beider Stufen durch diese Entwicklung vergrößert wurde, liegt auf der Hand⁴¹⁶.

- cc) Verwaltungsakt und öffentlichrechtlicher Vertrag als Gestaltungsformen in der Lehre von der einheitlich öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise im Subventionsrecht

Aus der durch diese Gemengelage verursachten Ablehnung der Zweistufentheorie in weiten Teilen des Schrifttums folgt die Bevorzugung der einheitlich öffentlichrechtlichen Beurteilung der Subventionsverhältnisse⁴¹⁷, wobei einzelne Autoren dem Verwaltungsakt⁴¹⁸, andere dagegen dem öffentlichrechtlichen Vertrag den Vorzug geben⁴¹⁹, während eine dritte Gruppe offensichtlich beide Rechtsformen für gleichermaßen geeignet und zulässig hält⁴²⁰.

416) Vgl. die allgemeine Ablehnung dieser Konstruktion bei Bethge, Abschied von der Zweistufentheorie, JZ 1972, 139 ff.; siehe auch die eingehende Darstellung der durch die Zweistufentheorie angerichteten Verwirrung in der Rechtsprechung bei Bosse, a.a.O., Fn. 413), S. 98 ff.; weiterhin die ebenfalls kritischen Ausführungen von Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 62 und - auf Götz Bezug nehmend - Gröttrup, Die kommunale Leistungsverwaltung, 1973, S. 125 f.

417) Vgl. Eyermann/Fröhler, Rdnr. 46 zu § 40 VwGO; Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1958, S. 156 ff., S. 160 f.; Maunz, Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVB1. 1962, 1 ff., 3; Zuleeg, Die Rechtsform der Subventionen, S. 54 ff.; Schlotke, Die hoheitliche Einflußnahme auf die Empfänger öffentlicher Subventionen und ihre rechtlichen Grenzen, Jur.Diss., Tübingen, 1968, S. 47 f.; Renck, JuS 1971, 77 ff., 82 f.; Gröttrup, a.a.O., Fn. 416), S. 126 f.; Bosse, a.a.O., Fn. 413), S. 103 m.w.N. in Fn. 65; in diese Richtung auch Bethge, JR 1972, 145 und Ossenbühl, DVBl. 1973, 289 ff., 292 f.

418) So Zuleeg, a.a.O., Fn. 417), S. 59 f., nur "ausnahmsweise" können seines Erachtens die Umstände einmal so liegen, daß der Bürger mit dem Hoheitsträger die Bedingungen der Subventionierung frei aushandelt; so auch Schlotke, a.a.O., Fn. 417), S. 45 ff.

419) Vgl. die in diese Richtung gehende Anregung von Ipsen, VVdStRL Bd.25 (1967), S. 299, der selbst offenbar die Nachteile der von ihm vertretenen Zweistufenlehre so weit wie möglich vermeiden will; siehe weiterhin Rüfner, Formen, S. 377; Bethge, a.a.O., Fn. 417), S. 145; Ossenbühl, DVBl. 1973, 293; Gröttrup, a.a.O., Fn. 416), S. 126 f.; Bosse, a.a.O., Fn. 413), S. 104; noch vorsichtig Imboden, a.a.O., Fn. 417), S. 162, S. 210

420) Vgl. Eyermann/Fröhler, Rdnr. 46 zu § 40 VwGO; Renck, JuS 1971, 82 f., wohingegen Maunz, BayVB1. 1962, 3 eine anders geartete Zweistufigkeit

dd) Ausschließliche Verwendung privatrechtlicher Gestaltungsformen

Nur sehr vereinzelt wird die Ansicht vertreten, eine nicht gesetzlich geregelte Subvention sei zwingend und ausschließlich ein Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts⁴²¹.

b) Der hier vertretene Lösungsansatz als Beschränkung der Wahlfreiheit im Recht der Subventionen

Auch im Recht der Subventionen kommt es nach dem hier vertretenen Lösungsansatz darauf an, ob es sich bei dem handelnden Rechtssubjekt notwendig um einen Träger öffentlicher Gewalt handelt. Diese Frage kann nur beantwortet werden, wenn man vom Wesen der Subvention ausgeht. An Definitionsversuchen des Begriffs der Subvention hat es nicht gefehlt⁴²².

Bei allen Differenzen, die in Bezug auf die begrifflichen Merkmale und damit auf das Wesen der Subvention bestehen, ist man sich doch einig, daß es immer um Leistungen des Staates geht. Subventionsträger sind daher entweder der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände oder die sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts⁴²³.

anstrebt, nämlich eine Verknüpfung von Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichem Vertragsverhältnis, was Ähnlichkeit mit dem zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt in der Sprechweise von W.Jelinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 240 habe.

421) So vor allem Meister, DVBl. 1972, 593 ff., 597 ff.; aber auch schon Flessa, NJW 1954, 538 ff.; ders., DVBl. 1957, 81 ff., 118 ff.; in der Zeit, bevor sich die Zweistufenlehre durchsetzte, Fleiner, Institutionen, S. 126 f.; H. Römer, BB 1950, 97 ff.; Kegel, JZ 1951, 385 ff.; zur Ansicht von Möller, der den verlorenen Zuschuß als privatrechtliche Schenkung sieht, vgl. Möller, Gemeindliche Subventionsverwaltung, S. 142 ff.

422) Vgl. etwa Zuleeg, a.a.O., Fn. 417), S. 18 f.; Götz, a.a.O., Fn. 416), S. 13 ff.; Eppe, Subventionen und staatliche Geschenke, 1966, S. 38 f. gibt einen Überblick auch über die wirtschaftsrechtlichen Auffassungen, Eppes eigener Definitionsversuch dass. S. 72; Rüfner, Formen, S. 196; Zacher, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 308 ff., S. 317; Schlotke, a.a.O., Fn. 417), S. 11; Gröttrup, a.a.O., Fn. 416), S. 86 f.; Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, 1973, S. 4 im Anschluß an Zacher; siehe auch Karehnke, Subventionen und ihre Kontrolle. - Möglichkeiten und Grenzen, DöV 1975, 623 ff. m.w.N.

423) Vgl. Schetting, a.a.O., Fn. 422), S. 66, der außerdem "bestimmte internationale Organisationen" erwähnt. Da diese Organisationen ihre

Da der Subventionsträger oder -geber immer ein Träger öffentlicher Gewalt ist, handelt es sich um einen der Fälle, in denen ohne gesetzliche Festlegung die Notwendigkeit der Beteiligung im Sinne der hier vertretenen Form der Subjektstheorie bejaht werden muß. Zwingende Konsequenz des hier gebrachten Lösungsansatzes ist, daß Subventionen in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts gewährt werden müssen. Für das Problem der Formenwahl bedeutet das: Will ein Träger öffentlicher Gewalt ein Rechtssubjekt des Privatrechts subventionieren, so sind die im Zuge der Subventionierung vorzunehmenden Handlungen des Gewaltträgers notwendig öffentlichrechtlicher Natur. Eine Wahlfreiheit besteht insofern nicht.

Aus diesem Grunde kann es sich auch nie um eine Schenkung des Staates handeln. Dies gilt natürlich nur, wenn man die Schenkung als typisch privatrechtliches Rechtsinstitut sieht, das gerade wegen seines eindeutigen Zuschnitts auf echte Private⁴²⁴ und deren Beziehungen untereinander in analoger Form auf dem Boden des öffentlichen Rechts nicht denkbar ist. Gegen die Schenkung spricht auch, daß es sich bei keiner Art der Subvention dem Wesen nach um eine Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB handelt⁴²⁵. Eine Subvention - und dies gilt auch für den verlorenen Zuschuß - erfolgt nie "unentgeltlich" im wirklichen Sinne des Wortes. Sie wird vielmehr gewährt, um beim Empfänger ein Verhalten hervorzurufen⁴²⁶, das zur Verwirklichung eines bestimmten, meist wirtschaftslenkenden

Subventionen aber nur auf Grund völkerrechtlich verbindlicher Vereinbarungen der Partnerländer mit der Bundesrepublik vergeben dürfen, kann man auch sie als Träger öffentlicher Gewalt im obigen Sinne ansehen.

424) Vgl. Eppe, a.a.O., Fn. 422), S. 89, nach dessen zutreffender Ansicht "der Schenkungsbegriff des § 516 Abs. 1 BGB auf den Privatrechtsverkehr zugeschnitten und durch die dort maßgeblichen Sollenszusammenhänge geprägt ist."

425) absolut herrschende Meinung: Vgl. Ipsen, Öfftl. Subventionierung, S. 33 f., S. 70; ders., VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 287/288; Zuleeg, a.a.O., Fn. 417), S. 61; Schetting, a.a.O., Fn. 422), S. 25; ähnlich auch Schlotke, a.a.O., Fn. 417), S. 8, nach dessen Ansicht die unentgeltliche, nicht zurückzuzahlende Leistung formell der Schenkung entspricht, aber inhaltlich etwas anderes darstellt, da sie durch ihren öffentlichen Zweck aufhöre, echte Schenkung zu sein; vgl. auch Zacher, a.a.O., Fn. 422), S. 336 f. (bei der Schenkung andere Interessenbasis) sowie die Ausführungen und Hinweise von Eppe, a.a.O., Fn. 422), S. 90 ff.; - a.A., wie schon erwähnt, Möller, a.a.O., Fn. 421), S. 142 ff. (zumindest bez. des verl. Zuschusses)

426) Vgl. BVerfG E 17, 210 ff., 216; Ipsen, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 287 f.; so auch ders. schon in Öfftl. Subv. Privater, S. 70 f.

Zieler⁴²⁷ und damit allgemein zur Förderung eines öffentlichen Zweckes⁴²⁸ dienen soll. Außerdem sind im Recht der Subventionen die Regelungen der §§ 528 ff. BGB (Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers) und der §§ 530 ff. BGB (Widerruf des Schenkung wegen "groben Undanks" des Beschenkten) absolut ungeeignet⁴²⁹.

Hat man festgestellt, daß Subventionen öffentlichrechtlich zu gewähren sind, so drängt sich die Frage auf, ob der Staat nach erfolgter (öffentlichrechtlicher) Entscheidung über das "ob" der Subvention zur Ausführung Privatrechtsformen verwenden darf (Zweistufentheorie) bzw. ob er mittelbar, auf einem "Umweg" über gewisse Privatrechtssubjekte wie etwa Banken, Sparkassen oder gemeinnützige Wohnungsbauunternehmen diese Zuwendungen verteilen darf.

aa) Ein Träger öffentlicher Gewalt subventioniert unmittelbar

Handelt der Gewaltträger ausschließlich selbst, so ist kein plausibler Grund ersichtlich, von der oben erkannten Regel abzugehen. Es braucht keine Ausnahme vom Prinzip der Einheit des Rechtsverhältnisses⁴³⁰ konstruiert zu werden, zumal eine Unterscheidung von "ob" und "wie" der Subventionierung, wie sie von den Vertretern der Zweistufenlehre vorgenommen wird, in der Regel praktisch nicht möglich ist⁴³¹. Einer analogen Anwendung der Gesetzesbestimmungen über das bürgerlichrechtliche Darlehen steht ebenfalls nichts im Wege. Von den wesentlichen Subventionsarten,

427) Vgl. Zuleeg, Rechtsform der Subventionen, S. 61

428) Vgl. Ipsen, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 287

429) Vgl. Zuleeg, a.a.O., Fn. 427), S. 61 mit weiteren Nachw.

430) Als einen wesentlichen, gegen die Zweistufenlehre sprechenden Grund sehen das Prinzip der Einheit des Rechtsverhältnisses auch an: Zuleeg, a.a.O., Fn. 427), S. 46 ff.; Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 375; Schlotke, a.a.O., Fn. 417), S. 45, S. 47 f.; Renck, JuS 1971, 79; Bethge, JR 1972, 142 m.w.N.; vgl. auch Ossenbühl, DVBl. 1973, 292 f. und das von ihm zitierte Urteil des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs vom 15.11.1967, BayVBl. 1968, 67; in der Sache auch Eyermann/Fröhler, Rdnr. 46 zu § 40 VwGO

431) Vgl. Schlotke, a.a.O., Fn. 417), S. 42; Bethge, JR 1972, 141 und die schon oben zur Zweistufentheorie gemachten Ausführungen, vgl. S. 67, 71/72, 79, 97/98, 124 ff., 125/126 der vorliegenden Untersuchung

nämlich den verlorenen Zuschüssen, Zinszuschüssen, Darlehen, Bürgschaften, Refinanzierungszusagen und Realförderungen⁴³² sollen an dieser Stelle diejenigen außer acht bleiben, die mittelbare Subventionen sind. Vorerst nicht berücksichtigt werden daher die Refinanzierungszusagen, weil sie nur Kreditinstituten gegenüber ausgesprochen werden, also per se nicht durch Vereinbarungen zwischen Bürger und Hoheitsträger zustandekommen⁴³³. Weiterhin entfällt die Bürgschaft, weil das Bürgschaftsverhältnis nur zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger wirksam werden kann⁴³⁴. Ein Bürgschaftsversprechen des Hoheitsträgers gegenüber dem Bürger, etwa in Bezug auf den Eintritt als Bürge zur Absicherung eines dem Bürger von einem Kreditinstitut gewährten Darlehens, kommt jedoch nach wie vor in Betracht.

Nicht zu behandeln sind hier außerdem Darlehen, Zinszuschüsse und Realförderungen, soweit sie unmittelbar nur mit Dritten (Kreditinstituten) vereinbart werden sollen.

Für die verlorenen Zuschüsse stellt sich die Frage nach Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Zuwendung praktisch nicht, da sie sich in der Regel in einem einmaligen Akt erschöpfen⁴³⁵ und deshalb zweckmäßigerweise direkt von einem Hoheitsträger an den Bürger gelangen.

Hält man sich die hier noch verbleibenden Möglichkeiten unmittelbarer Subventionierung vor Augen, nämlich verlorene Zuschüsse, unmittelbare Darlehen, Bürgschaftsversprechen und unmittelbare Realförderungen, so wird deutlich, daß sich nur bei der letzten Art, den unmittelbaren Realförderungen, Schwierigkeiten ergeben, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt.

In den aufgezählten eindeutigen Fällen ist an dem jeweiligen Subventions-

432) Dabei handelt es sich um das System der Subventionsarten von Hans Julius Wolff, dem hier gefolgt werden soll - vgl. Wolff III, § 154 II.b); siehe auch Kahrenke, DöV 1975, 625 Fußnote 19.

433) Vgl. Wolff III, § 154 II.b)5.; Zuleeg, a.a.O., Fn. 427), S. 89; Schetting, a.a.O., Fn. 422), S. 81 ff.

434) Vgl. § 765 Abs. 1 BGB

435) Verlorene Zuschüsse werden nach herrschender Meinung durch Verwaltungsakt gewährt - vgl. Wolff III, § 154 VI.a) in Bezug auf die gesetzlich vorgesehenen verlorenen Zuschüsse; vgl. auch die Angaben in Fußnote 413) in diesem Abschnitt

rechtsverhältnis immer notwendig ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt. Dies ergibt sich schon aus der Vorgabe, daß es sich um unmittelbare Subventionierung handelt.

Von Realförderung spricht man, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt zu Zwecken der Subventionierung billiger als verkehrsüblich veräußert, vermietet oder verpachtet, wenn er einen höheren Kaufpreis, Miet- oder Pachtzins zahlt bzw. wenn er der freien Wirtschaft Mindereinnahmen erstattet⁴³⁶.

In diesen Fällen wird man ohne Differenzierung nicht auskommen:

(1) Steht der Subventionszweck deutlich im Vordergrund, so muß an der oben gefundenen Regel festgehalten werden. Weil die fragliche Maßnahme in erster Linie Subvention ist, kann sie nur von einem Träger öffentlicher Gewalt vorgenommen werden, was nach der hier vertretenen Form der Subjektstheorie die Verpflichtung zur Verwendung öffentlichrechtlicher Rechtsformen hervorruft.

Es handelt sich um öffentlichrechtliche Kauf-, Miet- und Pachtverhältnisse.

Diese Ansicht kann auch kaum den Vorwurf auf sich ziehen, unpraktikabel zu sein. In der Regel wird der Subventionscharakter ausdrücklich während der Vertragsverhandlungen, zumindest aber konkludent durch Zugrundelegung von staatlichen Subventionsrichtlinien in Erscheinung treten, so daß damit die öffentlichrechtliche Rechtsform der Subventionierung feststeht und im Streitfalle der einzuschlagende Rechtsweg der Verwaltungsrechtsweg ist und dies klar erkennbar ist. Aber auch dann, wenn eine derartig eindeutige Kenntlichmachung des Subventionszwecks nicht erfolgt ist, so ist doch für den betroffenen Geschäftsmann leicht zu erkennen, daß etwa eine besonders günstige, dem verkehrsüblichen Preis nicht entsprechende Gegenleistung des Staates vorliegt. In einem derartigen Fall ergeben also die Umstände, daß eine Leistung oder Gegenleistung als Subvention gedacht ist.

(2) Steht dagegen der Subventionszweck derartig im Hintergrund, daß man von einer Subvention schlechterdings nicht mehr sprechen kann, so ist ein

436) Vgl. auch Wolff III, § 154 II. b) 6.

(einstufiges) privatrechtliches Rechtsverhältnis zu wählen, denn hier handelt es sich letztlich um Fiskalverwaltung im engeren Sinne, also um Hilfsgeschäfte, staatliche Erwerbswirtschaft (soweit materiellrechtlich zulässig) oder reine Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand. Von einer notwendigen Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt an den jeweiligen Rechtsverhältnissen kann in diesen Fällen nicht gesprochen werden. Auch "echte Privatleute" können entsprechende Rechtsverhältnisse mit anderen Privatleuten eingehen.

bb) Ein Träger öffentlicher Gewalt subventioniert mittelbar

Prinzipiell anders liegen die Dinge auch nicht, wenn der Staat mit Hilfe von Dritten Subventionierungen vornimmt und es sich bei diesen Dritten um selbständige Rechtssubjekte handelt. Auch hier besteht immer ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger⁴³⁷.

Auch wenn der Hoheitsträger de facto mit dem Bürger nicht in Kontakt tritt, entsteht dieses Verhältnis⁴³⁸, denn bei der Subvention handelt es sich immer um eine Leistung des Staates an den Bürger. Andernfalls liegt überhaupt keine Subvention vor. Die Kreditinstitute bekommen bestimmte Mittel angewiesen, um diese unter genauer Befolgung von festgesetzten Vergaberichtlinien an den wirklichen Empfänger zu verteilen. Sie handeln als Bevollmächtigte und damit in Vertretung der Hoheitsträger im Rahmen öffentlichrechtlicher Rechtsverhältnisse, die sie zwischen Bürger und

437) So mit sehr plausiblen Gründen Bosse, a.a.O., Fn. 413), S. 113 ff.; im Prinzip so auch schon Zuleeg, a.a.O., Fn. 427), S. 89 ff., allerdings mit gewissen Einschränkungen - vgl. dazu die weiter unten gemachten Ausführungen; mit Einschränkungen auch Eyermann/Fröhler, Rdnr. 46 ff. zu § 40 VwGO

438) a.A. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 410; a.A. teilweise auch Eyermann/Fröhler, Rdnr. 47 a zu § 40 VwGO mit folgendem Beispiel: Der Staat gewährt einer Bank ein zinsgünstiges oder zinsfreies Darlehen. Die Bank verpflichtet sich, einen bestimmten Kapitalbetrag dazuzulegen und aus der Gesamtsumme zu bestimmten Bedingungen an bestimmte Kreditbewerber Darlehen zu vergeben. Hier bestehe kein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger. Deshalb suchen Eyermann/Fröhler die Lösung darin, daß sie die Bank als Beliehenen ansehen. Die Bank handele folglich öffentlichrechtlich. - Für die Beleihung fehlt jedoch die gesetzliche Grundlage. Deshalb ist diese Ansicht abzulehnen. So auch mit ausführlicher Begründung Zuleeg, Rechtsformen, S. 93 f. und ihm folgend Rüfner, Formen ..., S. 411 Fußnote 276 a.E.; gegen diese Konstruktion auch Bosse, a.a.O., Fn.413), S. 113 und dort Fn. 105.

Hoheitsträger zur Entstehung bringen. Daß bei dieser Sicht auch den Zinszuschüssen des Bundes zu Krediten aus Eigenmitteln der Banken ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis zugrundeliegt, hat Bosse bereits überzeugend dargelegt⁴³⁹.

Deshalb überzeugt es nicht, wenn Zuleeg, der grundsätzlich ebenfalls von einem öffentlichrechtlichen Verhältnis Bürger/Hoheitsträger ausgeht, die Fälle ausnehmen will, in denen vom Staat geschaffene und finanzierte juristische Personen des Privatrechts selbständig die Förderung betreiben, ohne daß der Hoheitsträger selbst die Entscheidung über die Vergabe im Einzelfall trifft⁴⁴⁰. Für diese Subventionen sollen nach Zuleegs Ansicht (ausschließlich) privatrechtliche Rechtsverhältnisse zwischen der privatrechtlichen juristischen Person und dem Subventionsempfänger bestehen.

Dem kann - wie sich aus dem oben Gesagten bereits ergibt - nicht gefolgt werden. Streng genommen ist nach der hier vertretenen Art der Subjektstheorie und dem oben dargestellten Verhältnis von Organisationsform und Handlungsform die Wahl der privatrechtlichen Organisationsform sogar unzulässig, weil Subventionen nur öffentlichrechtlich vorgenommen werden dürfen, Privatrechtssubjekte aber prinzipiell nicht öffentlichrechtlich handeln können. Da jedoch das für die Subvention entscheidende Rechtsverhältnis nach der hier vertretenen Meinung zwischen Hoheitsträger und Bürger besteht⁴⁴¹, spricht nichts dagegen, privatrechtliche Einzelabreden zwischen dem Bürger und dem privatrechtlich organisierten Subventionsmittler zuzulassen. Es ist auch durchaus zweckmäßig, die private Finanzwirtschaft einzuschalten und sich deren Sachkenntnis zu bedienen. Die Hoheitsträger müssen sich allerdings den Haupteinfluß auf die Subventionsvergabe sichern, was in der Praxis durch den Erlaß detaillierter

439) Bosse, a.a.O., Fn. 413), S. 114 f. - In diesen Fällen wird die Subvention formal bei der Bank beantragt. Diese entscheidet in eigener Verantwortung, ob die von den Subventionsrichtlinien aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Sie sind auch verpflichtet, den Zinszuschuß anzufordern und zugunsten des Bürgers zu verrechnen.

440) Vgl. Zuleeg, Rechtsformen der Subventionen, S. 89

441) Ähnlich hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 22.8.1975 - IV C 7/73 - DöV 1976, 349 festgestellt, daß mit der Übertragung der Erschließung auf einen Dritten nach § 123 Abs. 3 BBauG keineswegs die öffentlichrechtlichen Erschließungspflichten auf den Dritten übergehen, sondern daß die Gemeinde weiterhin für die Erschließung verantwortlich bleibt.

Subventionsrichtlinien geschieht.

Probleme der Zweistufigkeit können hier kaum auftreten, weil das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis Bürger/Hoheitsträger und das privatrechtliche Rechtsverhältnis Bürger/Dritter - soweit letzteres überhaupt zur Entstehung gelangt - nicht mit Hilfe der Pseudodifferenzierung in "ob" und "wie" der Vergabe unterschieden zu werden brauchen, wenn man den Abschluß und die Erfüllung des privatrechtlichen (z.B. Darlehens-)Vertrages als Erfüllung des öffentlichrechtlichen Vertrages zwischen Hoheitsträger und Bürger sieht. In jedem Fall ist auch dann das Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Staat das für die Subventionierung entscheidende Rechtsverhältnis. Richtiger Rechtsweg ist daher der Verwaltungsrechtsweg, richtiger Klagegegner die öffentlichrechtliche Körperschaft, Stiftung oder Anstalt, deren Behörde für die Subventionsvergabe verantwortlich ist. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Streit sich um eine mit dem Privatrechtssubjekt getroffene Einzelabrede dreht, denn auch diese Einzelabrede ist Erfüllung des öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses.

In letzterem Fall kann dem Bürger jedoch zugestanden werden, sich hinsichtlich der Einzelabrede den Klagegegner und damit den Rechtsweg auszusuchen⁴⁴². Die Wahlfreiheit des Subventionsgebers muß insofern einer - freilich anders gearteten - Wahlfreiheit des Bürgers weichen, was dem von Art. 19 Abs. 4 GG geforderten effektiven Rechtsschutz ein Stück näher kommt.

442) Ähnlich erwägt Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 109, in Zweifelsfällen beide Rechtswege "um des erleichterten Rechtsschutzes und der Prozeßökonomie willen" für zulässig zu halten, so daß der Bürger seinen Rechtsweg wählen kann.

4. Teil Resümée und Ausblick. Die "Wahlfreiheit" de lege ferenda.

Die Darstellung hat gezeigt, wie problematisch nach wie vor die Einordnung der Verwaltungshandlungen in die Bereiche des öffentlichen und privaten Rechts ist. Die Gerichte müssen sich zu oft mit der Frage beschäftigen, ob der zu ihnen beschrittene Rechtsweg eröffnet ist. Die eigentlichen Sachfragen treten dabei notgedrungen oft in den Hintergrund.

Abgesehen davon verwundert der Mangel an Systematik bei der Beurteilung des Verhältnisses von materiellem öffentlichem Recht und formellem öffentlichem Recht. Man denke etwa an die Figur des Verwaltungsprivatrechts. Hier soll Privatrecht gelten, das wesensmäßig das Recht der individuellen und autonomen Entscheidung ist. Auf der anderen Seite beschränkt man die dem Staat mit dieser Konstruktion gegebene Freizügigkeit mit Hilfe der Bindungen, die jedem Staatshandeln auferlegt sind. Die Inkonsequenz, die in dieser Konstruktion liegt, sollte zum Umdenken anregen. Die Rechtstheorie bleibt hier den konsequenten nächsten Schritt schuldig. Sie läßt die Verwaltung im äußeren Gewand des Privatrechts handeln, obwohl es sich - materiell gesehen - um öffentliches Recht handelt.

Zwar ist die Wahlfreiheit historisch erklärbar⁴⁴³. Sie ging einher mit der Anerkennung der Fiskustheorie⁴⁴⁴, die weitgehend dazu diente, den bis dahin überhaupt nicht vorhandenen Rechtsschutz gegenüber den staatlichen Handlungen zumindest im Bereich der vermögensrechtlich relevanten Staatstätigkeiten zu ermöglichen.

Nach dem Erlaß des Grundgesetzes mit der Garantie des Rechtsschutzes gegen alle Maßnahmen der öffentlichen Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG) und vor allem nach Erlaß der bundeseinheitlichen Verwaltungsgerichtsordnung⁴⁴⁵ im Jahre

443) Vgl. Bosse, Verwaltungsvertrag, S. 24; siehe auch Burmeister, DöV 1975, 695 ff., 699

444) Vgl. Burmeister, DöV 1975, 699

445) Die süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetze und die Regelungen der Militärrechtsverordnung Nr. 165 vom 15.9.1948 (erstere - mit Unterschieden - in den amerikanisch und französisch besetzten Gebieten, letztere in der britischen Zone) waren die in ihrer Bedeutung für eine Vereinheitlichung und Effektivierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht zu unterschätzenden Zwischenstationen auf dem Weg zur heutigen Regelung - vgl. die Übersicht über diese Entwicklung bei Eyermann/Fröhler, Einleitung, Rdnr. 2 ff.

1960 ist jedoch klar geworden, daß der Schutz gegen die öffentliche Gewalt primär durch die speziell eingerichteten Verwaltungsgerichte gewährt werden soll. Warum also entzieht man auch heute noch mit der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht typisch verwaltungsrechtliche Problemkonstellationen den dafür besonders berufenen Gerichten und weist sie den Zivilgerichten zu? Gerade der heutigen Entwicklung einer immer stärker ausgedehnten Verwaltungstätigkeit wäre es angemessen, die durch diese Verwaltungstätigkeit entstehenden Streitigkeiten von Verwaltungsgerichten entscheiden zu lassen.

Auch die verfassungsrechtlich abgesicherte Zuweisung von Entschädigungs- und Schadensersatzstreitigkeiten bei Schäden, die durch öffentlichrechtliches Staatshandeln hervorgerufen werden⁴⁴⁶, ist ein Relikt der Fiskustheorie, das sich heute als höchst unpraktisch und auch als unnötig erweist. Über das Bestehen oder Nichtbestehen der jeweiligen öffentlichrechtlichen Verpflichtung bzw. über die Rechtmäßigkeit einer öffentlichrechtlichen Verwaltungshandlung entscheidet - falls nicht Vorfrage eines Schadensersatzprozesses - das Verwaltungsgericht, während über die Entschädigung oder über den Schadensersatz ausschließlich die Zivilgerichte befinden.

Aus allem hier und schon oben in § 7 dieser Untersuchung Gesagten⁴⁴⁷ ergibt sich, daß es in Zukunft darauf ankommt, die materiell öffentlichrechtlichen Streitigkeiten den Verwaltungsgerichten zuzuweisen. Da die Rechtswegzuweisungen (§ 40 VwGO, § 13 GVG) auf die formelle Rechtsnatur abstellen⁴⁴⁸, ist es notwendig, das materiell Öffentlichrechtliche mit dem formell Öffentlichrechtlichen zu verknüpfen⁴⁴⁹. De lege ferenda sollte daher die unmittelbare Erfüllung von Verwaltungsaufgaben nur noch mit Mitteln des öffentlichen Rechts möglich sein.

Da aber nach der hier vertretenen Ansicht ein Privatrechtssubjekt nicht

446) Vgl. Art. 14 Abs. 3 Satz 4 bzw. Art. 34 Satz 3 GG

447) Siehe oben S. 44 ff.

448) Davon sollte auch nicht abgegangen werden, denn die Form ist erheblich leichter erkennbar als die materielle Rechtsnatur. Das Erfordernis der Rechtsklarheit gebietet also auch weiterhin das Abstellen auf die Form.

449) So auch Bosse, Verwaltungsvertrag, S. 25

öffentlichrechtlich handeln kann, sollte in Zukunft davon ausgegangen werden, daß jede rechtlich relevante Handlung zur unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben einem Hoheitsträger zuzurechnen ist. Der eventuell eingeschaltete Dritte handelt danach in jedem Fall nur als Erfüllungsgehilfe im Rahmen der öffentlichrechtlichen Verbindung zwischen Bürger und Verwaltung, auch wenn zusätzliche Absprachen zwischen Bürger und Drittem getroffen werden, die notgedrungen privatrechtlicher Natur sind.

Der hier zu machende Gesetzgebungsvorschlag geht konkret dahin, in das Verwaltungsverfahrensgesetz eine Regelung aufzunehmen, die die Wahlfreiheit beseitigt, indem sie bestimmt, daß ein Träger öffentlicher Gewalt zur unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben nur Rechtsformen des öffentlichen Rechts verwenden darf. Außerdem muß die selbstverantwortliche Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Rechtssubjekte des Privatrechts untersagt werden.

Problematisch ist natürlich auch nach Erlaß einer solchen gesetzlichen Regelung, welche Aufgaben als in diesem Sinne unmittelbar zu erfüllende Verwaltungsaufgaben anzusehen sind.

Dabei ist in Zukunft ein Schritt zu wagen, den selbst ein so engagierter Verfechter der einheitlich öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise wie Ossenbühl ausdrücklich ablehnt⁴⁵⁰, obwohl er ihn de facto schon gegangen ist⁴⁵¹. Gemeint ist die Aufwertung der staatlichen Daseinsvorsorge zum Rechtsbegriff. Man sollte endlich den Mut haben, diejenigen Verwaltungsbereiche, die heutzutage unter der Sammelbezeichnung Daseinsvorsorge materiell zur öffentlichen Verwaltung gezählt werden, auch formell in die verwaltungsrechtliche Dogmatik einzubeziehen. Daß die Daseinsvorsorge schon lange als Rechtsbegriff verwendet wird, kann nicht geleugnet werden,

450) Vgl. Ossenbühl, DöV 1971, 513 ff., 516 f.

451) Vgl. die Ausführungen zu dem Urteil des BGH vom 27.10.1972 - K ZR 1/72 - (DVB1. 1974, 558 ff.) in DVB1. 1974, 541 ff. Wörtlich sagt Ossenbühl auf S. 541: "... Diese am herkömmlichen Begriff des 'beliehenen Unternehmers' orientierte Unterscheidung kann im heutigen Leistungsstaat, in dem die staatliche Daseinsvorsorge dominierend in den Vordergrund getreten ist und sich die Konturen zwischen Leistung und Eingriff verwischt haben, keine Verschiedenheit des Rechtsregimes mehr legitimieren oder einsichtig machen. Die Geltung des Privatrechtsregimes beginnt vielmehr erst dort, wo die öffentliche Hand sich erwerbswirtschaftlich oder fiskalisch betätigt. Wo sie dagegen in Erfüllung staatlicher oder kommunaler Aufgaben tätig wird und zu Dritten in Leistungsbeziehungen tritt, gilt öffentliches Recht."

denn mit ihrer Hilfe wird im Rahmen der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht die Geltung der Grundrechte bejaht. Wie aber kann man einen Begriff als soziologischen Begriff ohne juristische Relevanz bezeichnen, wenn das Vorliegen der begrifflichen Merkmale eine derart einschneidende Rechtsfolge wie die Grundrechtsgeltung nach sich zieht. Da der Begriff Daseinsvorsorge - wie oben schon erwähnt⁴⁵² - im Laufe der Zeit gewissen Wandlungen ausgesetzt ist, die sich aus der Änderung der gesellschaftlichen Bedürfnisse ergeben, sollte der Rechtsbegriff "Daseinsvorsorge" per Gesetz exakt festgelegt werden. Aus dieser gesetzlichen Regelung müßte sich zweifelsfrei ergeben, welche Gebiete zur staatlichen Daseinsvorsorge gehören. Ohne eine derartige Regelung bestünde der gleiche unklare Rechtszustand wie derzeit.

Bei den im obigen Sinne unmittelbar zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben braucht es sich jedoch keineswegs nur um Daseinsvorsorge zu handeln. Auch andere öffentliche Zwecke, die dem Bürger gegenüber unmittelbar erfüllt werden, müssen die öffentlichrechtliche Rechtsform hervorrufen.

Als Handlungsformen bieten sich für den Bereich der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben der öffentlichrechtliche Vertrag, der Verwaltungsakt⁴⁵³ und der schlichte Hoheitsakt an. Probleme der Grundrechtsbindung des privatrechtlichen Verwaltungshandelns gibt es in diesem Bereich dann nicht mehr.

Anderes gilt dagegen im Bereich der mittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben (erwerbswirtschaftliche und hilfsgeschäftliche Tätigkeiten der öffentlichen Hand). Hier wird man auch de lege ferenda die Privatrechtsformen gelten lassen müssen, denn prinzipiell besteht hier wirklich kaum ein Unterschied zwischen dem Staat und einem entsprechend handelnden Privaten. Eine partielle Grundrechtsbindung wird hier trotzdem zu befürworten sein, denn auch im privatrechtlichen Rechtskreis legt der Staat seine Staatseigenschaft nicht ab. Gedacht ist im erwerbswirtschaftlichen Bereich vor allem an den Konkurrentenschutz aus Art. 12 und

452) Vgl. oben S. 7, S. 65 ff.

453) Zur Unterscheidung des öffentlichrechtlichen Verwaltungsvertrages vom mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt siehe Obermayer, Grundzüge, S. 141 m.w.N.; Bosse, Verwaltungsvertrag, S. 30 ff m.w.N.

14 GG sowie an Art. 3 GG, der im Bereich der fiskalischen Hilfsgeschäfte vor willkürlicher Bevorzugung bestimmter Belieferer schützt. Ganz ausnahmsweise entscheidet in diesen Fällen ein Zivilgericht über die Grundrechtsbindung. Der materielle Schwerpunkt liegt hier eindeutig im privatrechtlichen Bereich, so daß die Zuordnung der hier auftretenden Streitigkeiten zu den Zivilgerichten auch de lege ferenda sachgemäß ist.

Lebenslauf

Ich wurde am 31. 12. 1950 in Marburg/Lahn als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. jur. Erich Nassauer und seiner Frau Anneliese, geb. Stoll, geboren. In meiner Heimatgemeinde Dautphe, Kreis Biedenkopf, besuchte ich seit 1957 die Volksschule. Von 1961 bis 1969 war ich Schüler des Gymnasiums Lahntalschule in Biedenkopf/Lahn. Nach dem Abitur im Sommer 1969 studierte ich vom Wintersemester 1969/70 bis zum Wintersemester 1973/74 an der Philipps-Universität Marburg Rechtswissenschaften. Von 1974 bis 1976 arbeitete ich als Assistent von Prof. Dr. Maurer im Institut für öffentliches Recht des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Marburger Universität. Sodann absolvierte ich den Referendardienst und legte im Herbst 1978 das 2. Staatsexamen ab. Danach war ich als Richter des Landgerichts Gießen und des Amtsgerichts Alsfeld im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit tätig. Nunmehr arbeite ich als Verwaltungsrichter in Kassel. Seit 1974 bin ich verheiratet. Wir haben zwei Töchter, geboren 1976 und 1979.

Wilhelm Nassauer

im März 1980

